

**Der Einfluss der öffentlichen
Hand auf gemischtwirtschaftliche
Aktiengesellschaften**

Dissertation

**zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen
Doktorgrades der Rechts- und
Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg
im Breisgau**

Vorgelegt von

Helmar Lang
aus Düsseldorf

Düsseldorf 1964

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Der Einfluss der öffentlichen
Hand auf gemischtwirtschaftliche
Aktiengesellschaften**

Dissertation

**zur Erlangung des rechtswissenschaftlichen
Doktorgrades der Rechts- und
Staatswissenschaftlichen Fakultät der
Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg
im Breisgau**

Vorgelegt von

Helmar Lang
aus Düsseldorf

Düsseldorf 1964

Dekan: Prof.Dr.Fritz Rittner

Berichterstatter: Prof.Dr.Fritz Rittner

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Dr. Dr. h.c.
Wolfram Müller-Freienfels



Tag der mündlichen Prüfung: 5. Februar 1965.

V o r w o r t

Das gemischtwirtschaftliche Unternehmen hat in der rechtswissenschaftlichen Literatur vor allem der zwanziger Jahre unseres Jahrhunderts Beachtung gefunden. In jener Zeit starker gemeinwirtschaftlicher Ideen wurde es als Erscheinungsform der wachsenden Wirtschaftsmacht der öffentlichen Hand gesehen und dementsprechend unter der Fragestellung behandelt, in welchem Verhältnis Staat und Wirtschaft ständen, genauer, ob die öffentliche Hand sich überhaupt erwerbswirtschaftlich betätigen dürfe. Diese Frage ist auch heute aktuell; sie ist jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Hier stehen vielmehr die dogmatischen Fragen des Aktienrechts im Vordergrund, die sich aus der öffentlichen Einflußnahme ergeben. Einleitend soll die allgemeine Problematik der öffentlichen Einflußnahme in Aktiengesellschaften aufgezeigt werden. Im Hauptteil werden die Möglichkeiten der öffentlichen Einflußnahme untersucht. Daraus ergeben sich zum Schluß Überlegungen de lege ferenda.

Die Untersuchung beschäftigt sich nun nicht mit dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen schlechthin, sondern speziell mit der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft; einmal deshalb, weil ihr rechtstatsächlich größere Bedeutung zukommt als etwa der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft mit beschränkter Haftung; zum anderen, weil am Aktienrecht mit sei-

nen gegenüber dem GmbH-Recht strengeren Vorschriften die Problematik der öffentlichen Einflußnahme stärker hervortritt.

Die Arbeit konnte einer gewissen rechtstat-sächlichen Grundlage insofern nicht entbehren, als ohne Kenntnis der öffentlichen Einflußnahme in der Gesellschaftspraxis ein Urteil über die Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Hand notwendig rein theoretisch hätte bleiben müssen. Zahlreiche gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften haben dem Verfasser auf seine Bitte hin Satzungen und Verträge zur Verfügung gestellt und so die Arbeit erst eigentlich ermöglicht.¹⁾ Den betreffenden Gesellschaften sei an dieser Stelle für ihre Unterstützung bestens gedankt. Auch Herrn Bankdirektor W. Bukow in Düsseldorf bin ich für seine freundliche Hilfe bei der Beschaffung von Material zu Dank verpflichtet.

1) Soweit im Text Quellenangaben für diese Unterlagen fehlen, ist dies auf den Wunsch verschiedener Gesellschaften um vertrauliche Behandlung bewußt geschehen.

G l i e d e r u n g

	Seite
<u>E i n f ü h r u n g</u>	1
<u>1. Kapitel:</u> Definition der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft und Rückblick auf die Entstehungsgeschichte.	1
§ 1 Bestimmung des Begriffes "gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft".	1
§ 2 Rückblick auf Entstehung und Entwicklung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.	7
<u>2. Kapitel:</u> Allgemeine Probleme des öffentlichen Einflusses in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.	19
§ 3 Die öffentlichen Interessen und ihre Geltendmachung durch die öffentliche Verwaltung.	19
I. Interesseninhalte.	19
1. Beteiligungsziele staatlicher Gemeinwesen.	20
2. Kommunale Beteiligungsziele.	21
3. Unbestimmtheit der öffentlichen Interessen.	22
II. Rechtliche Gebundenheit der öffentlichen Verwaltung bei der Geltendmachung öffentlicher Interessen.	26

§ 4	Die öffentlichen Interessen in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.	30
I.	Sind gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften Organe der öffentlichen Verwaltung?	30
1.	Die Meinung im Schrifttum.	30
2.	Kritik.	33
II.	Aktiengesellschaft und Gemeinwohl.	36
1.	Fragestellung.	36
2.	Dogmatische Betrachtung.	38
3.	Historische Betrachtung.	43
III.	Eigenart der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.	48

H a u p t t e i l

Möglichkeiten der öffentlichen Einflußnahme.	56
---	----

<u>3. Kapitel:</u> Satzungen und Verträge als Mittel der Einflußnahme.	58
---	----

§ 5	Die Gesellschaftssatzung.	58
-----	---------------------------	----

§ 6	Verträge.	61
-----	-----------	----

I.	Verträge zwischen öffentlicher Körperschaft und gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaft.	63
1.	Vertragsarten.	63
2.	Verhältnis zwischen Verträgen mit der Aktiengesellschaft und der Satzung.	73
II.	Verträge zwischen öffentlicher Körperschaft und anderen Aktionären.	81

§ 7 Weisungsrechte der öffentlichen Körperschaft gegenüber ihren Vertretern in den Gesellschaftsorganen.	89
<u>4. Kapitel:</u> Einflußnahme auf den Vorstand.	99
§ 8 Zuständigkeit und Bedeutung des Vorstandes in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.	99
§ 9 Personelle Besetzung des Vorstandes.	103
I. Bestellung der Vorstandsmitglieder.	103
II. Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied.	108
§ 10 Tätigkeit des Vorstandes.	113
I. Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck.	113
II. Weisungs- und Genehmigungsrechte.	122
III. Kontrollrechte.	130
IV. Organisation des Vorstandes.	140
§ 11 Ergebnis.	143
<u>5. Kapitel:</u> Einflußnahme auf den Aufsichtsrat.	146
§ 12 Zuständigkeit und Bedeutung des Aufsichtsrates in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.	146
§ 13 Zusammensetzung des Aufsichtsrates.	149
I. Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder.	150
II. Amtszeit und Widerruf der Bestellung des Aufsichtsrates.	163

	Seite
§ 14 Tätigkeit des Aufsichtsrates.	166
§ 15 Organisation des Aufsichtsrates.	169
I. Einberufung des Aufsichtsrates.	170
II. Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates.	171
III. Beschlußfassung des Aufsichtsrates.	172
IV. Stimmrecht der Aufsichtsratsmitglieder.	173
V. Vorsitz der Aufsichtsrates.	174
VI. Ausschüsse des Aufsichtsrates.	175
VII. Teilnahme von Vertretern der öffentlichen Interessen an den Sitzungen des Aufsichtsrates.	178
§ 16 Ergebnis.	179
<u>6. Kapitel:</u> Einfluß in der Hauptversammlung.	183
§ 17 Zuständigkeit und Bedeutung der Hauptversammlung in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.	183
§ 18 Tätigkeit der Hauptversammlung.	187
§ 19 Organisation der Hauptversammlung.	191
I. Einberufung der Hauptversammlung.	191
II. Beschlußfähigkeit der Hauptversammlung.	192
III. Beschlußfassung der Hauptversammlung.	192
IV. Stimmrecht in der Hauptversammlung.	194
V. Vorsitz der Hauptversammlung.	196
§ 20 Ergebnis.	197
§ 21 Anhang: Einfluß in fakultativen Organen.	199

S c h l u ß

	Seite
<u>7. Kapitel:</u> Die gemischtwirtschaftliche Aktien- gesellschaft de lege ferenda.	201
§ 22 Bedürfnis für eine Neuregelung?	201
I. Fragestellung.	201
II. Fehlen eines rechtspolitischen Bedürf- nisses.	202
1. Einfluß auf die Geschäftsführung des Vorstandes.	202
2. Einfluß auf den Aufsichtsrat.	204
3. Einfluß in der Hauptversammlung.	205
4. Ergebnis.	206
III. Fehlen eines wirtschaftspolitischen Be- dürfnisses.	208
§ 23 Rechtsnormative Gründe gegen eine Neu- regelung.	211
I. Spezialgesetz für gemischtwirtschaft- liche Unternehmen?	211
II. Einzelne Sonderregelungen innerhalb des Aktiengesetzes?	214

Literaturverzeichnis

A. Lehrbücher, Kommentare, Monographien, Dissertationen,
Abhandlungen, Artikel in Sammelwerken.

- Ahls, Heinrich Die Entsendung von Beamten in den Aufsichtsrat gemischtwirtschaftlicher Unternehmungen.
Erlanger Diss., Steinheim 1933.
- Ahrens, Karl Rechtliche Grundlagen für die Wahrung öffentlicher Interessen in den Organen von Aktiengesellschaften.
Göttinger Diss. (Maschinenschrift) 1952.
- Apelt, Willibald Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Rechte.
Leipzig 1920.
- Arbenz, Ernst Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung im schweizerischen Recht.
Züricher Diss. 1929.
- Ballerstedt, Kurt Wirtschaftsverfassungsrecht. Die Grundrechte, hrsg.v. Bettermann, Nipperdey, Scheuner, III. Bd. 1. Hbbd., Berlin 1958, S.1 ff.
(Zit.: Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht).
- Ballerstedt, Kurt Energierecht als wissenschaftliche Aufgabe. Aktuelle Fragen des Energierechts, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, 1/2, 1960, S.5 ff.
(Zit.: Ballerstedt, Energierecht).
- Ballerstedt, Kurt Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration. Die Konzentration in der Wirtschaft, hrsg. v. Helmut Arndt, II. Bd., Ursachen der Konzentration. Schriften des Vereins für Socialpolitik N.F. Bd.20/II, Berlin 1960, S.871 ff.
(Zit.: Ballerstedt, Unternehmenskonzentration.)

- Balser, Heinrich Der öffentliche Dienst privater Betriebe. Eine rechtswissenschaftliche Diagnose als Beitrag zur Entwicklung eines sozialen Gemeinrechts.
Technik und Recht I. Bd. 1950, S.78 ff.
- Bauer, Clemens Liberalismus.
Staatslexikon, 6.Auflage, Bd. V, Freiburg 1960, Sp.370 ff.
- Baumbach, Adolf
Hueck, Alfred
Hueck, Götz Kommentar zum Aktiengesetz.
11. Auflage, München und Berlin 1961.
(Zit.: Baumbach-Hueck).
- Behr, Chr. Vom Rechte des Fiskus.
AÖR Bd. 38 (1918), S.288 ff.
- Bergmann, Arthur Die Einflußnahme öffentlicher Körperschaften auf den Aufsichtsrat. Ein Beitrag zur Frage der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung.
Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hrsg. v. Heymann, Nr.57, Marburg 1929.
- Boelsen, Hans Kapitalgesellschaften in öffentlicher Hand, unter besonderer Berücksichtigung der Beeinflussung und Überwachung ihrer Geschäftsführung durch die öffentlichen Körperschaften.
Frankfurter Diss., Berlin 1928.
- Bondi, Felix Übertragung des Rechts zur Besetzung gesellschaftlicher Ämter an dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen.
Festgabe für Otto Liebmann, Berlin 1920, S.278 ff.
- Brandt, Jürgen Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.
Jena 1929.
- Brecher, Fritz Das Unternehmen als Rechtsgegenstand. Rechtstheoretische Grundlegung.
Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 46, Bonn 1953.
- Bruck, W.F. Die Kriegsunternehmung. Versuch einer Systematik.
Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, 48. Bd. (1920/2.), S.547 ff.

- Bussmann, Kurt Die Rechtsstellung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen unter besonderer Berücksichtigung der Groß-Hamburger-Elektrizitätswirtschaft. Archiv für Beiträge zum deutschen, schweizerischen und skandinavischen Privatrechte, 2. Heft, Mannheim, Berlin, Leipzig 1922.
- Crome, Carl Der Konzessionsvertrag und seine Aus-führung im Kriege.
AcP 115. Bd. (1917), S.1 ff.
- Darge, Hans
Melchinger, Eugen
Rumpf, Fritz Kommentar zum Energiewirtschaftsgesetz vom 13. Dezember 1935. I. Teil.
Berlin 1936.
- Depenbrock, Johannes Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft. Ein Beitrag zum Wirtschaftsverfassungsrecht.
Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln, hrsg. v. H.C. Nipperdey, Bd. 12, München und Berlin 1961.
- Ehmke, Horst "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" im Verwaltungsrecht.
Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 230/231, Tübingen 1960.
(Zit.: Ehmke, Ermessen).
- Ehmke, Horst Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung.
Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe Bd. II, Karlsruhe 1961.
(Zit.: Ehmke, Wirtschaft und Verfassung).
- Ehmke, Horst "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem.
Staatsverfassung und Kirchenordnung, Festgabe für Rudolf Smend. Tübingen 1962, S.23 ff.
(Zit.: Ehmke, Staat und Gesellschaft).
- Eiser, Ernst
Riederer, Johann
Sieder, Frank Energiewirtschaftsrecht.
2. Auflage, München und Berlin 1952 ff.
(Stand v. 1.7.1958).
- Enneccerus, Ludwig
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.
I. Hbbd., 15. Auflage, Tübingen 1959.

- Fischer, Robert Großkommentar zum Aktiengesetz, begründet v. W. Gadow, E. Heinichen u.a., I. Bd., 2. Auflage, Berlin 1961, §§ 16 - 69, 145 - 158.
(Zit.: Fischer, Großkomm.).
- Fischer, Rudolf Die Aktiengesellschaft.
Handbuch des gesamten Handelsrechts, hrsg. v. Victor Ehrenberg, III. Bd., I. Abteilung, Leipzig 1916, S.12 ff.
(Zit.: Fischer, Aktiengesellschaft).
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts.
8. Auflage, Tübingen 1928.
- Flume, Werner Steuerwesen und Rechtsordnung.
Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend.
Göttingen 1952, S.59 ff.
- Forsthoff, Ernst Die Verwaltung als Leistungsträger.
Königsberger rechtswissenschaftliche Forschungen Bd. 2. Stuttgart und Berlin 1938.
(Zit.: Forsthoff, Leistungsträger).
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
I. Bd.: Allgemeiner Teil.
8. Auflage, München und Berlin 1961.
(Zit.: Forsthoff, Verwaltungsrecht).
- Frentzel, Gerhard Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand.
Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr.235, Tübingen 1961.
- Friedrichs, Karl Das Recht der Versorgungsbetriebe.
2. Auflage, Berlin 1935.
- Geiler, Karl Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts.
2. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig 1922.
(Zit.: Geiler, Organisationsformen).
- Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft e.V. Die öffentlichen Unternehmen in der Bundesrepublik und in Berlin.
Köln o.J. (1957).

- Godin, Reinhard
Freiherr von
Wilhelmi, Hans
Kommentar zum Aktiengesetz.
2. Auflage, Berlin 1950.
- Göbel, Kurt
Fröhner, Karl
Kommentar zur Gemeindeordnung für
Baden-Württemberg.
Stuttgart 1956.
- Gundlach, Gustav
Gemeinwohl.
Staatslexikon, 6. Auflage, Bd. III,
Freiburg 1959, Sp.737 ff.
- Hachenburg, Max
Die Aktiengesellschaft im Leben der
Wirtschaft.
Düringer-Hachenburg, Kommentar zum
Handelsgesetzbuch, III. Bd. 1. Teil,
Einleitung.
3. Auflage, Mannheim, Berlin, Leipzig
1934, S.3 ff.
(Zit.: Hachenburg, Einleitung).
- Harms, Edmund
Die Überführung kommunaler Betriebe in
die Form der gemischt wirtschaftlichen
Unternehmung. Ein Beitrag zur Lösung
der Frage nach der Zweckmäßigkeit ge-
mischt wirtschaftlicher Unternehmungen.
Braunschweiger Diss., Berlin 1915.
- Haussmann,
Frederick
Die öffentliche Hand in der Wirtschaft.
Eine allgemeine Betrachtung unter Be-
rücksichtigung der deutschen Wirtschaft.
München und Berlin 1954.
- Haussmann, Fritz
Die Tochtergesellschaft. Eine rechtliche
Studie zur modernen Konzernbildung und
zum Effektenkapitalismus.
Berlin 1923.
(Zit.: Haussmann, Tochtergesellschaft).
- Haussmann, Fritz
Vom Aktienwesen und vom Aktienrecht.
Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.
(Zit.: Haussmann, Aktienwesen).
- Hedemann,
Justus Wilhelm
Deutsches Wirtschaftsrecht.
Berlin 1939.
- Heiss, Clemens
Die gemischtwirtschaftlichen Unterneh-
mungen bei der öffentlichen Elektrizitäts-
versorgung.
Schmollers Jahrbuch 40 Heft 2.
München und Leipzig 1916, S.313 ff.

- Henke, Ernst
Müller, Hans
Rumpf, Fritz
Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland. Berlin 1930.
- Hettlage,
Karl Maria
Verfassungsfragen öffentlicher Unternehmen. Festschrift für Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S.279 ff.
- Heymann, Ernst
Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts. Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, hrsg. v. Verfasser, Nr.34, Marburg 1921.
- Huber,
Ernst Rudolf
Wirtschaftsverwaltungsrecht. 1. Bd., 2. Auflage, Tübingen 1953.
- Ipsen,
Hans Peter
Öffentliche Subventionierung Privater. Berlin, Köln 1956.
(Zit.: Ipsen, Subventionierung).
- Jäckel, Günther
Die Unabhängigkeit der Abschlußprüfer bei der Pflichtprüfung von Aktiengesellschaften der "öffentlichen Hand". Kölner Diss. 1959.
- Jeglin, Walter
Die Beteiligung des Gemeinwesens und der Arbeiter an handelsrechtlichen Korporationen nach deutschem, schweizerischem und französischem Rechte. Archiv für Beiträge zum deutschen, schweizerischen und skandinavischen Privatrechte, 1. Heft. Mannheim, Berlin, Leipzig 1922.
- Keynes,
John Maynard
Das Ende des Laissez-faire. München und Leipzig 1926.
- Klausing,
Friedrich
Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände. Ein Beitrag zu den "allgemeinen Lehren" des Verbandsrechts. Berlin, Wien 1928.
(Zit.: Klausing, Uneinheitliche Ausübung).
- Klausing,
Friedrich
Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) nebst Einführungsgesetz und "Amtlicher Begründung", eingeleitet von Friedrich Klausing. Berlin 1937.
(Zit.: Klausing, AktG).

- Knur, Alexander Aktiengesellschaft.
Staatslexikon, 6. Auflage, Bd. I,
Freiburg 1957, Sp.189 ff.
- König, Emil Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung
unter besonderer Berücksichtigung der
Rechtsform der Aktiengesellschaft. Eine
wirtschaftswissenschaftliche Darlegung.
Frankfurter Diss. 1931.
- Köttgen, Arnold Die erwerbswirtschaftliche Betätigung
der öffentlichen Hand und das öffent-
liche Recht.
Recht und Staat in Geschichte und Gegen-
wart, Nr.59, Tübingen 1928.
(Zit.: Köttgen, Öffentliche Hand).
- Köttgen, Arnold Die wirtschaftliche Betätigung der Ge-
meinden. Eine verfassungsrechtliche
Untersuchung.
Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben,
Festschrift zum hundertjährigen Be-
stehen des Deutschen Juristentages,
Bd. I, Karlsruhe 1960, S.577 ff.
(Zit.: Köttgen, Gemeinden).
- Kormann, Karl System der rechtsgeschäftlichen Staats-
akte.
Berlin 1910.
- Kurzbericht Kurzbericht über die Sitzung des Wis-
senschaftlichen Beirates der Gesell-
schaft für öffentliche Wirtschaft e.V.,
Berlin, v. 23./24.4.1958 in Bonn
(unveröffentlicht).
- Landmann, Julius Moderne Organisationsformen der öffent-
(Herausgeber) lichen Unternehmung. I. Teil.
Schriften des Vereins für Sozialpolitik,
176. Bd., München und Leipzig 1932.
(Zit.: Landmann, Moderne Organisations-
formen).
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
- Laux, Adalbert Der Einfluß der Gemeinden und Gemeinde-
verbände auf die Willensbildung der
Nahverkehrsunternehmen im Rheinisch-
Westfälischen Industriebezirk.
Kölner Diss. 1941.

- Liefmann, Robert Die Unternehmungen und ihre Zusammen-
schlüsse. Bd. I: Die Unternehmungsformen
mit Einschluß der Genossenschaften und
der Sozialisierung.
4. Auflage, Stuttgart 1928.
- List, Friedrich Energierecht.
2. Auflage, Wiesbaden 1952.
- Lohmann, Martin Die Morphologie der Organisationsformen
der öffentlichen Unternehmung.
Landmann, Moderne Organisationsformen
S.81 ff.
- Mallmann, Walter Schranken nichthoheitlicher Verwaltung.
VVDStRL Heft 19 (1961), S.165 ff.
- Mallon, Otto Das Gemischtwirtschaftliche Unternehmen
im deutschen öffentlichen und im aus-
ländischen Recht.
Bonner Diss. (Maschinenschrift),
Berlin-Karlshorst 1928.
- Marx, W.
Most, Otto Gemischtwirtschaftliche Betriebe.
Handwörterbuch der Kommunalwissenschaf-
ten, II. Bd., Jena 1922, S.332 ff.;
Ergänzungsband 1927 S.646 ff.
- Maunz, Theodor Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts.
VerwArch. 50. Bd. (1959) S.315 ff.
- Mellerowicz,
Konrad Großkommentar zum Aktiengesetz, begründet
v. W. Gadow, E. Heinichen u.a.,
I. Bd., 2. Auflage, Berlin 1961,
§§ 125 - 144.
(Zit.: Mellerowicz, Großkomm.).
- Mestmäcker,
Ernst-Joachim Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der
Aktionäre. Eine rechtsvergleichende
Untersuchung nach deutschem Aktienrecht
und dem Recht der Corporations in den
Vereinigten Staaten.
Karlsruhe 1958.
- Mises, Ludwig von Liberalismus. (II) Wirtschaftlicher
Liberalismus.
Handwörterbuch der Sozialwissenschaften,
6. Bd., Stuttgart, Tübingen, Göttingen
1959, S.596 ff.

- Möhring, Philipp. Satzungsgestaltung nach neuem Aktienrecht.
Schwartz, Gustav. Berlin 1938.
- Muntzke, Hans. Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung. I. Bd.
Schlempp, Hans. Bad Homburg v.d.H. und Berlin 1954.
- Nebinger, Robert. Verwaltungsrecht. Allgemeiner Teil.
2. Auflage, Stuttgart 1949.
- Nell-Breuning, Aktienreform und Moral. Die sittliche
Oswald von Seite der Aktienrechtsreform.
Gesellschaftsrechtliche Abhandlungen,
hrsg. v. A. Nußbaum, Heft 13, Berlin
1930.
(Zit.: von Nell-Breuning, Aktienreform und Moral).
- Nell-Breuning, Konzentrationsprobleme im gesellschaftlichen Raum.
Oswald von Die Konzentration in der Wirtschaft,
hrsg. v. Helmut Arndt, III. Bd., Wirkungen und Probleme der Konzentration.
Schriften des Vereins für Socialpolitik
N.F. Bd. 20/III, Berlin 1960, S.1703 ff.
(Zit.: von Nell-Breuning, Konzentrationsprobleme).
- Netter, Oskar. Zur aktienrechtlichen Theorie des Unternehmens an sich.
Festschrift für Albert Pinner.
Berlin und Leipzig 1932, S.507 ff.
- Niebuhr, H. Öffentliche Unternehmungen und Privatwirtschaft.
Wirtschaftspolitische Zeitfragen, hrsg.
v. Ernst Schultze. Leipzig 1928.
- Odenbreit, Walter. Kommentar zu Gemeindeordnung, Amtsordnung und Kommunalwahlgesetz in Nordrhein-Westfalen.
Hensel, August-Wilhelm 11. Auflage, Münster o.J. (1961).
- Passow, Richard. Die gemischt privaten und öffentlichen Unternehmungen auf dem Gebiete der Elektrizitäts- und Gasversorgung und des Straßenbahnwesens.
Beiträge zur Lehre von den industriellen, Handels- und Verkehrsunternehmungen,
Heft 3, 2. Auflage, Jena 1923.
(Zit.: Passow GWU).

- Passow, Richard Die Aktiengesellschaft. Eine wirtschaftswissenschaftliche Studie.
2. Auflage, Jena 1922
(Zit.: Passow, Aktiengesellschaft).
- Plochg, Marcell Kommunale Versorgungs- und Verkehrsunternehmen.
Staatslexikon, 6. Auflage, Bd. IV,
Freiburg 1959, Sp.1163 ff.
- Prenzel, Richard Die gemischt-wirtschaftlichen Unternehmungen und das Handelsrecht.
Gießener Diss., Berlin 1916.
(Zit.: Prenzel Diss.).
- Prenzel, Richard Der Aufsichtsrat bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.
GruchBeitr. 63 (1919), S.55 ff.
- Rathenau, Walter Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung.
Berlin 1918.
- Regierungsentwurf Entwurf eines Aktiengesetzes mit Begründung. Bundesrat Drucksache 100/60a.
- Reinhardt, Rudolf Die gesellschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen.
Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages, Tübingen 1952, S. B 5 ff.
(Zit.: Reinhardt, Unternehmensformen).
- Reinhardt, Rudolf Aktienrecht und Eigentumsordnung.
Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten. Festschrift für Walter Schmidt. Berlin 1959, S.23 ff.
(Zit.: Reinhardt, Aktienrecht).
- Reinhardt, Rudolf Privates Unternehmen und öffentliches Interesse.
Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Alfred Hueck. München und Berlin 1959, S.439 ff.
(Zit.: Reinhardt, Privates Unternehmen).
- Richter, Lutz Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt.
VVDStRL Heft 6 (1929), S.69 ff.
- Ritschl, Hans Stellung und Bedeutung der öffentlichen Unternehmung im Wirtschaftssystem des Kapitalismus.
Landmann, Moderne Organisationsformen, S.35 ff.

- Ritter, Carl Kommentar zum Aktiengesetz.
2. Auflage, Berlin und München 1939.
- Rittner, Fritz Unternehmen und freier Beruf als Rechts-
begriffe.
Recht und Staat in Geschichte und Gegen-
wart, Nr.261/262, Tübingen 1962.
(Zit.: Rittner, Unternehmen und freier
Beruf).
- Rittner, Fritz Unternehmung.
Staatslexikon, 6. Auflage, Bd. VII,
Freiburg 1962, Sp.1163 ff.
(Zit.: Rittner, Unternehmung).
- Rittner, Fritz Wirtschaftsrecht.
Staatslexikon, 6. Auflage, Bd. VIII,
Freiburg 1963, Sp.817 ff.
(Zit.: Rittner, Wirtschaftsrecht).
- Rosenstock, Eugen Vom Industrierecht. Rechtssystematische
Fragen.
Festgabe Xaver Gretener, Berlin und
Breslau 1926.
- Saitzew, Manuel Die öffentliche Unternehmung der Gegen-
wart.
Tübingen 1930.
- Salzmann,
 Heinrich
Schunck, Egon Kommentar zum Selbstverwaltungsgesetz
von Rheinland-Pfalz.
2. Auflage, Siegburg 1955.
- Salzwedel, Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des öffent-
lich-rechtlichen Vertrages.
Neue Kölner rechtswissenschaftliche Ab-
handlungen, Heft 11, Berlin 1958.
- Schattenfroh, Max Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung
vom 30. Januar 1935.
München, Berlin und Leipzig 1935.
- Scheuner, Ulrich Der Bereich der Regierung.
Rechtsprobleme in Staat und Kirche.
Festschrift für Rudolf Smend. Göttingen
1952, S.253 ff.
(Zit.: Scheuner, Regierung).
- Scheuner, Ulrich Die staatliche Intervention im Bereich
der Wirtschaft.
VVDStRL Heft 11 (1954), S.1 ff.
(Zit.: Scheuner, Intervention).

- Schilling,
Wolfgang Großkommentar zum Aktiengesetz, begründet von W.Gadow, E.Heinichen u.a., II. Bd., 2. Auflage, Berlin 1962, §§ 84,99, 159 - 202, 233 - 256.
- Schlegelberger,
Franz Kommentar zum Aktiengesetz.
Quassowski, Leo 3. Auflage, Berlin 1939.
Herbig, Gustav (Zit.: Schlegelberger-Quassowski).
Geßler, Ernst
Hefermehl,
Wolfgang
- Schmelcher, E. Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen. Handwörterbuch der Staatswissenschaften IV. Bd., 4. Auflage, Jena 1929, S.846 ff.
- Schmeller,
Theodor Die allgemeine Rechtsstellung der öffentlichen Unternehmungen. Beiträge zum Organisationsrecht der öffentlichen Verwaltung. Münchener Diss., Bottrop 1934.
- Schmidt, Walter Umgestaltung der Satzungen der Aktiengesellschaften nach dem neuen Aktiengesetz. Berlin und Leipzig 1938.
(Zit.: Schmidt, Satzungen).
- Schmidt, Walter Großkommentar zum Aktiengesetz, begründet von W. Gadow, E. Heinichen u.a., I. Bd., 2. Auflage, Berlin 1961, §§ 1 - 15, 70 - 83, 85 - 98, 100 - 124.
(Zit.: Schmidt, Großkomm.).
- Schnettler,
Albert Öffentliche Betriebe.
Essen o.J. (1956).
- Schreiber, Otto Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, hrsg. v. Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, II. Bd., Berlin und Leipzig 1927, S.694 f.
- Schürmann, Leo Das Recht der gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation. Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1953. Zeitschrift für Schweizerisches Recht Bd. 72, Basel 1953, S.65 a ff.

- Sigloch, Gerhard Die Unternehmungen der öffentlichen Hand.
Organisationsrecht und Steuerrecht.
Wirtschaftsrechtliche Abhandlungen,
hrsg. v. Geiler, 5. Heft, Mannheim,
Berlin, Leipzig 1929.
- Staub, Hermann Kommentar zum Handelsgesetzbuch, II.Bd.
Pinner, Albert (§§ 178 - 342).
14. Auflage, Berlin und Leipzig 1933.
- Staudinger, Hans Der Staat als Unternehmer.
Berlin 1932.
- Stern, Klaus Zur Problematik des energiewirtschaft-
lichen Konzessionsvertrages.
AöR 84 (1959), S.137 ff., 273 ff.
- Strauss, Walter Aktienrecht und Wirtschaftspolitik.
Aktuelle Probleme aus dem Gesellschafts-
recht und anderen Rechtsgebieten, Fest-
schrift für Walter Schmidt.
Berlin 1959, S.3 ff.
- Studienkommission Untersuchungen zur Reform des Unter-
nehmensrechts.
Bericht der Studienkommission des
Deutschen Juristentages, Teil I, Be-
richte der Ausschüsse I und II.
Tübingen 1955.
- Surén,
Friedrich-Karl Die Gemeindeordnungen in der Bundes-
republik. Bd. II Gemeindefirtschafts-
recht. Köln, Berlin, München, Bonn
1960.
- Surén,
Friedrich-Karl Kommentar zur Deutschen Gemeindeord-
nung vom 30. Januar 1935. Bd. II.
Loschelder, Berlin 1940.
Wilhelm
- Teichmann, Robert Kommentar zum Aktiengesetz.
Koehler, Walter 3. Auflage, Heidelberg 1950.
- Teichmüller, Ernst Die Organisationsform gemischtwirt-
schaftlicher Unternehmungen.
Halle-Wittenberger Diss. (Maschinen-
schrift), Halle 1922.
- Terhalle, Fritz Die gemischtwirtschaftliche Unterneh-
mung.
Landmann, Moderne Organisationsformen
S.323 ff.

- Ulmschneider, Rudolf Die Möglichkeiten einer statutarischen Einflußnahme Dritter auf die GmbH. und die A.G.
Mannheimer Diss. 1954.
- Umbach, Friedrich Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung und die Grundlagen ihrer Organisation.
Erlanger Diss. 1930.
- Vent, Otto Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung, ihre Entstehungsgeschichte und Entwicklung, zugleich ein Beitrag zur rheinisch-westfälischen Wirtschaftsgeschichte.
Wirtschaftsjahrbuch für den Ruhrbezirk, Essen 1922, S.62 ff.
- Vialon, Friedrich-Karl Haushaltsrecht.
2. Auflage, Berlin und Frankfurt/M. 1959.
- Vogel, Klaus Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand.
Abhandlungen aus dem Seminar für öffentliches Recht der Universität Hamburg, Heft 47, Hamburg 1959.
- Wagner, Herbert Die Stellung des Privaten im gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.
Erlanger Diss., Kulmbach 1934.
- Werbke, Viktor Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung.
Königsberger Diss. (Maschinenschrift) 1921.
- Werth, Heinz-Jürgen Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft.
Düsseldorf 1960.
- Westermann, Harry Die Verantwortung des Vorstandes der Aktiengesellschaft.
Eine Freundesgabe der Wissenschaft für Ernst Hellmut Vits, Frankfurt/M. 1963, S.251 ff.
- Westrick, Peter Abschlußprüfung und Abschlußprüfer nach geltendem und zukünftigem Aktienrecht.
Heidelberg 1963.

- Wiedenfeld, Kurt Wesen und Bedeutung der gemischt-wirtschaftlichen Unternehmung.
Schmollers Jahrbuch 1931, S.439 ff.
- Wiethölter, Rudolf Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht.
Berkeley-Kölner Rechtsstudien, Kölner Reihe Bd. I, Karlsruhe 1961.
- Wimpfheimer, Heinrich Beamte als Aufsichtsräte.
Festschrift für E. Heinitz, Berlin o.J. (1926), S. 299 ff.
- Wolff, Hans J. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht.
AöR 76 (1950/51), S.205 ff.
- Würdinger, Hans Aktienrecht.
Karlsruhe 1959.
- Zeidler, Karl Schranken nichthoheitlicher Verwaltung.
VVDStRL Heft 19 (1961), S.208 ff.
- Ziethen, Bruno Die Stadt als Trägerin von Gesellschaftsrechten.
Probleme der neuen Stadt Berlin, hrsg. v. Hans Brenkert und Erwin Stein, Berlin 1926, S.78 ff.
- Zluhan, Walter Abstimmungsvereinbarungen des privaten Gesellschaftsrechtes.
AcP 128 (1928), S.62 ff., 257 ff.

B. Aufsätze, Anmerkungen, Diskussionsäußerungen.

- Ballerstedt, Kurt Zur Frage der Rechtsform gemeindlicher
Wirtschaftsunternehmen.
DÖV 1951, 449 ff.
- Ballerstedt, Kurt Unternehmen und Wirtschaftsverfassung.
JZ 1951, 486 ff.
- Ballerstedt, Kurt Grundprobleme des Rechtes der Konzessionsabgaben.
BB 1958, 125 ff.
- Behr, Chr. Über gemischt wirtschaftliche Unternehmungen.
HansRZ 1919, Sp.249 ff.
- Bettermann,
Karl August Diskussionsäußerung zu: Schranken
nichthoheitlicher Verwaltung.
VVDStRL Heft 19 (1961), 253 f.
- Blank, Eberhard Weisungsrecht der Gemeinden an ihre
Vertreter in wirtschaftlichen Unternehmen.
Der Städtetag 1958, 106 ff.
- Böttger Ist die Aktiengesellschaft noch eine
geeignete Unternehmungsform für öffentliche
Verkehrsbetriebe?
Die Aktiengesellschaft 1957, 55 ff.
- Elsas, Fritz Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen.
Die Zukunftsaufgaben der deutschen
Städte, hrsg. v. Mitzlaff-Stein, Berlin
1925, S.933 ff.
- Fischer, Robert Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen.
GmbHRdsch. 1953, 65 ff.
- Fischerhof, Hans Öffentliche Versorgung mit Wasser,
Gas, Elektrizität und öffentliche
Verwaltung.
DÖV 1957, 305 ff.
- Freund, Friedrich Die "gemischte wirtschaftliche Unternehmung", eine neue Gesellschaftsform.
DJZ 1911, Sp. 1113 ff.

- Frielinghaus Die gemischte wirtschaftliche Unternehmung und die Reichsgesetzgebung. Recht und Wirtschaft 1912, 467 ff., 477 ff.
- Friesenhahn, E. Grundgesetz und Energiewirtschaft. Elektrizitätswirtschaft 1957, Heft 1, S.12 ff.
- Geiler, Karl Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht. GruchBeitr. Bd.68 (1927), 593 ff.
- Geßler, E. Vorstand und Aufsichtsrat im neuen Aktiengesetz. JW 1937, 497 ff.
- Göppert, H. Aktienrechtsentwurf und gemischt-wirtschaftliche Unternehmung. JW 1930, 3679 ff.
- Goerdeler Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, 133 ff.
- Haas, Diether Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich. DVBl. 1960, 303 ff.
- Haussmann, Fritz Die Vertretung fremder Interessen in der Verwaltung der Aktiengesellschaft. ZBH 1931, 4 ff., 29 ff.
- Hellwig, Fritz Die öffentlichen Unternehmen in privatwirtschaftlicher Sicht. DöW 1955 Nr.5, S.14 ff.
- Heymann, Ernst Zur Rechtsstellung der Vertreter öffentlicher Verbände in gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen. ZHR 1932, 56 ff.
- Hüttl, Adolf Sind die gemeindlichen Versorgungsbetriebe den "wirtschaftlichen Unternehmen" in § 67 DGO zuzuordnen? DÖV 1958, 198 ff.
- Ipsen, Hans Peter Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Haushalts- und Aktienrechts. JZ 1955, 593 ff.

- Jacusiell,
Alfred Abgestuftes Stimmrecht der Aufsichts-
 ratsmitglieder.
 LZ 1924, Sp. 362 ff.
- Junck, Johannes Über "Delegationen" in den Aufsichts-
 rat von Aktiengesellschaften.
 LZ 1914, Sp. 1642 ff.
- Kahn, Rudolf Juristische Personen als Aufsichtsrats-
 mitglieder nach deutschem und engli-
 schem Recht.
 ZBH 1930, 384 ff.
- Keil Die Einflußnahme der Gemeinde auf die
 Organe privatrechtlicher wirtschaft-
 licher Unternehmen.
 RVBl. 1939, 658 ff.
- Köhler,
Herbert W. Unternehmensverfassung und Aktien-
 rechtsreform.
 JZ 1956, 137 ff.
- Krüger, Herbert Diskussionsäußerung zu: Schranken
 nichthoheitlicher Verwaltung.
 VVDStRL Heft 19 (1961), 260 f.
- Kunze, Otto Von der Reform des Aktienrechts zur
 Reform des Unternehmensrechts.
 Das Mitbestimmungsgespräch 1960, Heft 11,
 S. 10 ff.
- Leoni Die Verbindung von Gemeinden und Privat-
 kapital zu gemischtwirtschaftlichen
 Unternehmungen.
 Technik und Wirtschaft 1914, 532 ff.
- Liebmann Interessenkollision bei Mitgliedern
 des Aufsichtsrats.
 Zeitschrift des Deutschen Notarvereins
 1925, 350.
- Mallon, Otto Die Rechtsstellung des Beamten im
 "Gemischtwirtschaftlichen Unternehmen".
 ZBR 1929/30, 178 ff.
- Matthaei Gemischte wirtschaftliche Unterneh-
 mungen in Hamburg.
 Recht und Wirtschaft 1914, 154 ff.
- Müller Das Verhältnis zwischen Stadt und
 städtischen Gesellschaften.
 RuPrVB1. 1932, 265 ff.

- Niemann, Rich. Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in Lübeck und deren Kontrolle durch Senat und Bürgerschaft. HansRZ 1930, Sp. A 499 ff.
- Pinner, Heinz Die Zulässigkeit der Ausgestaltung des Aktienrechts durch die Satzung. ZBH 1930, 307 ff.
- Plum, Gustav Die Aktiengesellschaft wieder in Mode. Die Zeit, Nr.20 v. 17.5.1963, S.32.
- Reichenau, Georg Die Argumente der Interessenten. Material zur Frage der Privatisierung öffentlicher Unternehmen. DöW 1955 Nr.6, S.22 ff.
- Saemisch Die Beteiligung des Reiches an öffentlichen wirtschaftlichen Unternehmungen. Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Bd. I (1929) Teil 1, S.421 ff.
- Scheuner, Ulrich Diskussionsäußerung zu: Schranken nichtsozialer Verwaltung. VVDStRL Heft 19 (1961), 253.
- Schwartzkoppen, von Beamte als Aufsichtsratsmitglieder. RuPrVB1. 1929, 185 ff., 201 ff.
- Tautscher, Anton Die öffentlichen Unternehmen und ihre wirtschaftspolitischen Aufgaben. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 109 (1953), S.398 ff.
- Zeiss, Friedrich Neue Rechtsform für öffentliche Unternehmen. DöW 1955 Nr.6, S.3 ff., 18 ff.

Zitierweise: Autoren, die einmal vertreten sind, werden mit Namen und Seitenzahl zitiert, Autoren mit mehreren Veröffentlichungen mit Namen und Fundstelle oder mit besonderer, im Literaturverzeichnis angegebener Bezeichnung. Autoren, die sowohl unter A als auch unter B vertreten sind, sind unter A nur mit Namen und Seitenzahl, unter B mit Namen und Fundstelle zitiert.

Abkürzungen

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	= Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	= Aktiengesellschaft
AktG	= Aktiengesetz
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
Art.	= Artikel
BB	= Betriebsberater
Bd.	= Band
BGBI.	= Bundesgesetzblatt
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsge- richtes (amtliche Sammlung)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
DGO	= Deutsche Gemeindeordnung
Diss.	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DöW	= Die öffentliche Wirtschaft
DR	= Deutsches Recht
DVB1.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EnergWG	= Energiewirtschaftsgesetz
Erl.	= Erläuterung
FAZ	= Frankfurter Allgemeine Zeitung
GB1.	= Gesetzblatt
GG	= Grundgesetz
GmbHRdsch.	= Rundschau für GmbH
GO	= Gemeindeordnung
Großkomm.	= Großkommentar
GruchBeitr.	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von J.A. Gruchot
GS	= Preussische Gesetzessammlung
GVB1.	= Gesetz- und Verordnungsblatt

GV.NW.	= Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
GWU	= Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen
Hbbd.	= Halbband
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	= Herausgegeben
JW	= Juristische Wochenschrift
KG	= Kammergericht
KGJ	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammer- gerichtes
LZ	= Leipziger Zeitschrift
o.J.	= ohne Jahrgang
OLGE	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
RegE	= Regierungsentwurf
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
RHO	= Reichshaushaltsordnung
RMinBl.	= Reichsministerialblatt
RuPrVBl.	= Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt
RVBl.	= Reichsverwaltungsblatt
RWB	= Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbe- hörden
RWE	= Rheinisch-Westfälisches Elektrizitäts- werk AG, Essen
S.	= Satz oder Seite
Sp.	= Spalte
v.	= von, vom
VerwArch.	= Verwaltungsarchiv
VO	= Verordnung
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZBH	= Zentralblatt für Handelsrecht
ZBR	= Zeitschrift für Beamtenrecht
ZHR	= Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Zit.	= Zitiert

E i n f ü h r u n g

1. Kapitel: Definition der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft und Rückblick auf die Entstehungsgeschichte.

§ 1 Bestimmung des Begriffes "gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft".

An der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft sind sowohl private Personen und Gesellschaften als auch öffentliche Gebietskörperschaften beteiligt.¹⁾ Das besondere Kennzeichen der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ist die Beteiligung öffentlicher Gemeinwesen. Deshalb muß eine genauere Definition von dem Begriff der öffentlichen Beteiligung ausgehen. Dieser Begriff hat freilich eine große Abstraktionshöhe,²⁾ d.h. es können unter ihn zahlreiche Arten der Beteiligung subsumiert werden, von der wohlwollenden Anteilnahme einer öffentlichen Körperschaft bis zur völligen Beherrschung der Gesellschaft durch das Gemeinwesen. In der Literatur hat das zu sehr unterschiedlichen Meinungen darüber geführt, wann ein Unternehmen als gemischtwirtschaftlich zu bezeichnen sei. Die verschiedenen Ansichten sollen kurz wiedergegeben werden, um die Problematik der Begriffsbildung in unserem Falle zu veranschaulichen, und um von daher die eigene Begriffsbestimmung zu gewinnen.

Den Begriff Beteiligung fassen am weitesten Saitzew³⁾ und König.⁴⁾ Sie sehen es bereits als Beteiligung an,

1) Mallon S.39 und die dort Anm.125 Zitierten nehmen ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen auch dann an, wenn lediglich mehrere öffentliche Körperschaften beteiligt sind. Hier spricht man aber besser von öffentlichen Unternehmen.

wenn öffentliche Körperschaften, ohne Kapitalanteile einer Gesellschaft zu besitzen, auf diese durch Gesetz, Satzung oder Konzession maßgebenden Einfluß ausüben. Sämtliche übrigen Autoren nehmen demgegenüber als Mindestvoraussetzung für das Vorliegen eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens eine kapitalmäßige Beteiligung an. Darunter wird dann wieder Verschiedenes verstanden. Die überwiegende Mehrheit meint damit das Innehaben von Kapitalanteilen, während andere¹⁾ die Beteiligung am Reingewinn genügen lassen.

Der wesentliche Meinungsstreit geht um die Frage, ob eine Kapitalbeteiligung genügt²⁾, oder ob als weitere Voraussetzung ein Einfluß der öffentlichen Körperschaft auf die Leitung der Gesellschaft vorhanden sein muß.³⁾

Auch über den erforderlichen Umfang des Einflusses der öffentlichen und der privaten Seite gehen die Meinungen auseinander: Schnettler⁴⁾ nimmt ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen erst an, wenn die private oder öffentliche Gruppe eine Kapitalbeteiligung wenigstens in Höhe der qualifizierten Minderheit besitzt. Göppert⁵⁾ verlangt dagegen ein Gleichgewicht zwischen

noch Seite 1

2) Vgl. dazu Larenz S. 324 f., 329, 369.

3) S. 101 f.

4) S. 17.

1) Z.B. Liefmann S. 289.

2) So Ahls S. 1; Fleiner S. 124; Friedrichs S. 5; Geiler GruchBeitr. 68 S. 616 f.; Mallon S. 29 f.; Niemann Sp. 503; Richter S. 88 f.; Schreiber S. 694; Sigloch S. 130 f.; Wagner S. 3.

3) So als erster Passow GWU S. 1 f., ihm folgend Behr S. 304; Busmann S. 6; Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 458; Hedemann S. 22; Jeglin S. 10; König S. 8, 17; Niebuhr S. 27; Ritschl S. 54; Schmeller S. 154; Schnettler S. 34; Teichmüller S. 8; Terhalle S. 326 f. Werbke S. 17.

4) S. 34.

5) S. 3679 f.

privaten und öffentlichen Beteiligten; Huber¹⁾ fordert entweder ein Gleichgewicht zwischen öffentlicher und privater Kapitalmacht oder wenigstens ein System, das die absolute Vorherrschaft der Mehrheitsgruppe ausschließt; Saitzew²⁾ und Lohmann³⁾ meinen, daß dem beteiligten Gemeinwesen ein überwiegender Einfluß auf das Unternehmen zukommen müsse.

Uneinigkeit herrscht auch darüber, welcher Art der von der öffentlichen Körperschaft ausgeübte Einfluß sein müsse. So meinen Passow⁴⁾, Bussmann⁵⁾, Teichmüller⁶⁾ und Umbach⁷⁾, die Teilnahme der öffentlichen Körperschaft an der Verwaltung des Unternehmens müsse auf dem gemeinschaftlichen Eigentum, der gemeinsamen Mitgliedschaft, beruhen.

Schließlich wird auch eine öffentliche Beteiligung an der Zielsetzung des Unternehmens im Sinne einer Verbindung gemeinnütziger und erwerbswirtschaftlicher Wirtschaftsart für erforderlich gehalten⁸⁾. Mallon⁹⁾ meint sogar, Gemeinwesen und private Beteiligte müßten einen privatrechtlichen, auf den Betrieb eines gemeinsamen Unternehmens gerichteten Vertrag abschließen.-

Unsere Aufgabe kann es nun nicht sein, eine der wiedergegebenen Auffassungen als allein richtig nachzuweisen und sie dieser Arbeit zu Grunde zu legen. Denn eine Definition geht immer von einem bestimmten Zweck aus¹⁰⁾ und ist nur in bezug auf diese Prämisse

1) S. 530.

2) S. 55.

3) S. 135.

4) GWU S. 1.

5) S. 6.

6) S. 8.

7) S. 45.

8) Hachenburg Anm. 9 S. 12; Umbach S. 46 ff., 49; Wiedenfeld S. 447.

9) S. 29.

10) Larenz S. 324.

richtig; sie dient der Klassifikation unter einem oder mehreren Gesichtspunkten¹⁾. Aus der Verschiedenartigkeit der von den einzelnen Autoren angenommenen Ausgangspunkte erklären sich die Unterschiede in ihren Definitionen²⁾. Beispielsweise haben die Vertreter der Ansicht, daß ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen nach einem erwerbswirtschaftlich und gemeinnützig gemischten Wirtschaftsprinzip arbeiten müsse, als Wirtschaftswissenschaftler ihr Begriffsmerkmal unter einem wirtschaftstheoretischen Gesichtspunkt aufgestellt. Wir müssen demgegenüber bei einem Definitionsversuch von dem juristischen Problem-bereich ausgehen, mit dem sich unsere Arbeit befaßt.

Es handelt sich dabei zunächst um allgemeine Probleme der öffentlichen Einflußnahme und sodann im hauptteil um die rechtlichen Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Hand. Wir sehen als wichtigstes Begriffsmerkmal der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft deshalb den öffentlichen Einfluß an.³⁾ Das erscheint auch sachlich in gewisser Weise gerechtfertigt; denn die öffentliche Beteiligung und Einflußnahme sind die Ausnahmen von der Regel der rein privaten Aktiengesellschaft, sie erst lassen rechtstat-sächlich einen wesentlichen Unterschied zur rein privaten Aktiengesellschaft erkennen, und sie erst werfen die besonderen rechtlichen Probleme einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft auf.

-
- 1) Vgl. dazu Brecher S. 11 ff. und Rittner, Unternehmen und freier Beruf S. 5 ff.
 - 2) Auch Terhalle und Vogel bemerken, eine Begriffsabgrenzung müsse je nach dem Standpunkt des Betrachters und seiner Fragestellung verschieden ausfallen, vgl. Terhalle S. 326, Vogel S. 154.
 - 3) Diese Ansicht findet sich sogar in der Satzung einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, vgl. Punkt 13 Abs. 1 der Satzung der Badische Gas- und Elektrizitätsversorgung AG in Lörrach: "Die Gesellschaft ist i n f o l g e des maßgebenden Einflusses des beteiligten Bezirksverbandes ... ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen."

Eine juristische Begriffsbestimmung wird daher auf das Merkmal des öffentlichen Einflusses nicht verzichten können.

Freilich ist auch der Begriff des öffentlichen Einflusses wieder nur ein abstrakter und daher ausfüllungsbedürftiger Allgemeinbegriff. Geht man von den potentiellen Zwecken der öffentlichen Beteiligung aus, nämlich von der Wahrung öffentlicher Interessen in der gesamten gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft, so muß der öffentliche Einfluß auf eine Mitgestaltung sowohl der organisatorischen Grundlagen als auch der Geschäftspolitik der Gesellschaft abzielen.

Das erstere ist nur möglich, wenn die einflußsuchende öffentliche Körperschaft in der Hauptversammlung abstimmen kann, d.h. wenn sie Aktionärin ist; es muß also eine Beteiligung am Grundkapital gefordert werden. Allerdings hat es wenig Sinn, genau festzulegen, daß das Gemeinwesen zu 25, 50 oder 75% beteiligt sein müsse; denn die Höhe des Anteils am Grundkapital ist nicht allein für die Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Körperschaft ausschlaggebend.

Eine Beeinflussung der Geschäftspolitik ist angesichts der selbständigen Stellung des Vorstandes einer Aktiengesellschaft allein durch Aktienbesitz in der Regel nicht möglich. Daher muß noch eine besondere Einflußmöglichkeit hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft hinzukommen. Dieser Einfluß muß zwar nicht auf der Mitgliedstellung des Gemeinwesens beruhen, da Mitgliedschaft und Leitung in der Aktiengesellschaft organisatorisch getrennt sind; aber er muß mit der Aktionärstellung der öffentlichen Körperschaft doch insofern zusammenhängen, als er gesellschaftsrechtlicher Natur sein, d.h. mit den recht-

lichen Mitteln ausgeübt werden muß, die das Gesellschaftsrecht, hier das Aktienrecht, zur Verfügung stellt oder innerhalb der aktiengesellschaftlichen Organisation zuläßt. Öffentlicher Einfluß, der sozusagen " von außen " auf eine Aktiengesellschaft ausgeübt wird, ist zumindest gesellschaftsrechtlich bedeutungslos. Als Beispiel einer derartigen Einflußnahme sei der Versuch des Bundeswirtschaftsministers im Frühjahr 1962 angeführt, auf den Vorstandsvorsitzer der gemischtwirtschaftlichen Volkswagenwerk AG durch persönliche Aussprache politischen Druck auszuüben, um eine Preiserhöhung für Volkswagen zu verhindern; in diesem Fall hätte für den Bund auch die Möglichkeit bestanden, über den Aufsichtsrat auf gesellschaftsrechtlichem Wege entsprechenden Einfluß auszuüben.¹⁾ - Gesellschaftsrechtlich ohne Belang sind auch die Eingriffe und Kontrollen, die in Spezialgesetzen des Wirtschaftsrechts vorgesehen sind, etwa die behördliche Aufsicht über Banken, Versicherungen oder Energieversorgungsunternehmen.

Wir verstehen nach alledem unter gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften solche Aktiengesellschaften, an denen neben Privaten öffentliche Körperschaften in der Weise beteiligt sind, daß sie durch Beteiligung am Grundkapital und durch gesellschaftsrechtliche Beeinflussung der Unternehmensleitung die Möglichkeit haben, sowohl die organisatorischen Grundlagen der Gesellschaft als auch ihre Geschäftspolitik zwecks Wahrung öffentlicher Interessen zu beeinflussen.

In folgenden Fällen handelt es sich nach unserer Definition nicht um gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften:

1) Vgl. hierzu auch unten S.52 mit Anm.1.

a) Bei Gesellschaften, die im Alleinbesitz einer öffentlichen Körperschaft oder im gemeinschaftlichen Besitz mehrerer Gemeinwesen und privater Personen stehen, aber auf Grund eines Pacht- oder Betriebsüberlassungsvertrages allein von Privatleuten geführt werden¹⁾. Eine Unterart hiervon sind die sogenannten Zwillingsunternehmen. Bei ihnen werden für dasselbe Unternehmen zwei Gesellschaften gebildet: eine Stammgesellschaft, meist mit öffentlicher Mehrheit, und eine Betriebsgesellschaft mit privater Mehrheit. Hier können private und öffentliche Einfluß-sphäre genauer abgegrenzt werden als in einer einzigen Gesellschaft.²⁾

b) Bei Unternehmen, an denen nicht ein Gemeinwesen, sondern eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft beteiligt ist. Man könnte hier von einem mittelbaren gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sprechen.³⁾

§ 2 Rückblick auf Entstehung und Entwicklung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.

Eine Untersuchung der Möglichkeiten des öffentlichen Einflusses in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften setzt die Kenntnis der historischen Entstehungsursachen und der Entwicklung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen zwar nicht unbedingt voraus, wird durch sie aber doch in mancher Beziehung erleichtert. Bei einem solchen Rückblick werden nicht nur die tatsächlichen Verhältnisse sichtbar, die

1) Ebenso Passow GWU S. 1 Anm. 2, S. 2.

2) Vgl. Ahls S. 1 f.; Liefmann S. 291 f.; Richter S. 88; Schmeller S. 159; Sigloch S. 155 ff.

3) So Vogel S. 167.- Beispiele bei Niemann Sp. 503 f., 514; Vogel S. 167.

der öffentlichen Einflußnahme zugrundeliegen, sondern es zeichnen sich auch bereits einzelne Problemkreise ab, um die es bei dem Einfluß der öffentlichen Körperschaften geht.

Die Entstehung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen fällt mit dem Beginn der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit überhaupt zusammen. In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschte lange Zeit die liberale Wirtschaftsauffassung vor, die alle wirtschaftliche Tätigkeit sich ungebunden entfalten lassen und die den Staat lediglich auf Kontrollrechte beschränken wollte.¹⁾ Dementsprechend betrieben Staat und Gemeinden nur in Ausnahmefällen eigene wirtschaftliche Unternehmen oder beteiligten sich an solchen.²⁾

Durch die raschen Fortschritte der Technik im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts entstanden zahlreiche neue wirtschaftliche Betätigungsgebiete, vor allem Elektrizitäts- und Gaserzeugung, ferner der Betrieb von Straßen- und Industriebahnen. Ihnen wandten sich erstmals Staat und Gemeinden in größerem Umfange zu. Hierfür waren die verschiedenartigsten Gründe maßgebend.

Besonders die Gemeindeverwaltungen gelangten zu der Auffassung, sie müßten die Versorgung der Wirtschaft und der Bevölkerung auf den für diese lebenswichtig werdenden Gebieten, zu denen noch die Wasserversorgung zählte, durch eigene Produktion, Ausnutzung und Verteilung sicherstellen. Dies lag in

1) Vgl. dazu Keynes, passim; Bauer Sp. 371; von Mises S. 596 ff.

2) Vgl. dazu Bussmann S. 1 f.

den Fällen nahe, in denen privater Unternehmensgeist fehlte.¹⁾ Aber auch dort, wo private Unternehmer sich anschickten, Gas-, Wasser-, Elektrizitätswerke, Straßen- und Industriebahnen zu errichten, griffen häufig die Gemeinden ein und kamen den Plänen jener zuvor.

Hinter den kommunalen Unternehmungen stand vor allem die Furcht vor privaten Monopolen. Denn mit den bezeichneten Unternehmen war und ist häufig ein doppeltes Monopol verbunden: der Verbraucher kann meist den Lieferanten nicht wechseln, weil eine Konkurrenz von Versorgungsbetrieben untereinander wegen der hohen Kapitalinvestitionen nur sehr unvollkommen möglich ist; außerdem entstehen Versorgungsmonopole durch die ausschließliche Verleihung von Wegekonzessionen durch Gemeinden, deren die Unternehmen zur Verlegung ihrer Röhren, Kabel, Leitungen und Schienen bedürfen.²⁾ Die Gemeindeverwaltungen befürchteten, daß private Unternehmen diese Monopole ausnützen und übermäßige Gewinne auf Kosten der Allgemeinheit erzielen könnten. Da besonders die Gemeinden das Recht der Konzessionserteilung für die Benutzung öffentlicher Wege hatten, konnten sie die Gründung privater Unternehmen verhindern oder sich doch maßgebliche Beteiligungen und Einflußrechte sichern.³⁾

Eine andere Ursache für die eigene wirtschaftliche Betätigung öffentlicher Körperschaften war deren fiskalisches Interesse an der Erschließung neuer Geldquellen. Gerade die Gemeinden benötigten zusätzliche Gelder, um die neuen Verwaltungsaufgaben

1) König S. 10; Tautscher S. 399.

2) Dabei handelt es sich nicht um rechtliche Monopole, da solche nur auf gesetzlicher Grundlage verliehen werden können, an der es hier fehlt, vgl. Huber S. 481, 574.

erfüllen zu können, die durch die fortschreitende Industrialisierung und das hierdurch bedingte Wachsen der Städte auf sie zukamen.¹⁾

Der Widerstand gegen die Bildung privater Monopole und die Erwerbsinteressen öffentlicher Körperschaften führten je nach der Lage des einzelnen Falles entweder zur Neugründung öffentlicher Unternehmen oder zu einer öffentlichen Beteiligung an bisher rein privaten Unternehmen. Oft wurden auch private und kommunale Unternehmen zusammengelegt, vor allem dort, wo überörtliche Wirtschaftsaufgaben zu erfüllen waren. Dies traf besonders für Elektrizitätswerke zu. Auf dem Gebiet der Elektrizitätsversorgung waren die einzelnen Gemeinden anfangs für sich vorgegangen und hatten jeweils eigene, meist kleine Werke errichtet. Aber mit fortschreitender Technik genügten diese Werke den Anforderungen an Wirtschaftlichkeit nicht mehr. Rentabilität war nur bei der Belieferung größerer Gebiete mit unterschiedlicher Wirtschaftsstruktur zu erreichen. Auch die Erschließung neuer, zum Teil abgelegener Kraftquellen für die Energieerzeugung, insbesondere von Wasserkraften und Braunkohlelagern, machte die Elektrizitätserzeugung und -versorgung mehr und mehr zu einer überlokalen Angelegenheit. In ähnlicher Weise erforderte der Betrieb von Gaswerken, Straßen- und Kleinbahnen oftmals den Zusammenschluß mehrerer Werke.

Ein weiterer Grund für die Entstehung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen lag in dem Umstand,

noch Seite 9

3) Vgl. hierzu Bussmann S. 1; Elsas S. 933 (Leitsätze des 4. Deutschen Städtetages 1914); Goerdeler S. 134; König S. 4, 11; Niebuhr S. 24 f.; Staudinger S. 30 ff.; Tautscher S. 399; Vent S. 64.

1) Bussmann S. 1, 13; König S. 4, 11; Niebuhr S. 25; Depenbrock S. 6, 9.

daß zur Errichtung von Elektrizitätswerken etc. große Kapitalien erforderlich waren, die oftmals weder die öffentliche noch die private Seite allein aufbringen konnte. Die öffentlichen Körperschaften waren in vielen Fällen in der Lage, einen Kapitalbeitrag auch in der Form von Bürgschaften für Anleihen der betreffenden Unternehmen zu leisten.¹⁾ Sie konnten auf diese Weise unter Umständen mit geringem Kapitalaufwand an der Leitung des Unternehmens teilnehmen.²⁾ Der Vorteil der Risikobegrenzung kam hinzu.

Es zeigt sich, daß die private Seite in vielen Fällen auf die Partnerschaft der öffentlichen Hand angewiesen war. Darüberhinaus war sie manchmal zu einem Zusammengehen mit öffentlichen Körperschaften aus der Erwägung heraus bereit, daß eine gedeihliche Entwicklung ihrer Unternehmen auf die Dauer nur möglich sein werde, wenn die betreffenden öffentlichen Körperschaften durch eine Beteiligung unmittelbar an ihnen interessiert würden. Auf diese Weise konnten die Widerstände der Gemeinwesen gegen die privaten Monopolunternehmen aufgefangen werden. Das bekannteste Beispiel für ein solches Vorgehen hat das ursprünglich rein private Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk in Essen gegeben, auf dessen Angebot hin sich im Jahre 1905 die umliegenden Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der Preußische Staat an dem Unternehmen beteiligten.

Für die Privatunternehmer brachte die öffentliche Beteiligung auch greifbare Vorteile. Der öffentliche Schutz des Monopols versprach einmal gleichmäßige Erträge; in anderen Fällen übernahm die beteiligte öffentliche Körperschaft sogar eine Dividendengarantie.³⁾ Außerdem konnte der Einfluß der beteiligten

1) Beispiele bei Bussmann S. 46; Passow GWU S. 140.

2) Vgl. Bussmann S. 25; König S. 23 ff.; Schreiber S. 694; Ziethen S. 79.

3) Beispiel bei Vogel S. 165.

öffentlichen Stellen bei der Erlangung weiterer Wegerechte, bei sonstigen Verhandlungen mit Behörden und, wie bereits erwähnt, bei der Kapitalbeschaffung zu Gunsten des Unternehmens ausgenützt werden.

Schließlich beteiligten sich manche Privatgesellschaften, vor allem AEG und Siemens-Schuckert, an der Gründung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, um neue Absatzmöglichkeiten für ihre Erzeugnisse zu schaffen; den privaten Gesellschaften wurden von den Gemeinwesen bei der Gründung ausschließliche Lieferungsrechte eingeräumt. Umgekehrt beteiligten sich Privatunternehmen auch aus ihrer Stellung als Großabnehmer heraus, als die sie ein Interesse am Bestand und an der Führung des Lieferwerkes hatten.¹⁾

Die bisher aufgezählten Ursachen für die Entstehung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen waren wirtschaftspolitische, ökonomische und finanzielle Gründe bei beiden beteiligten Gruppen. Mitentscheidend für die rasche Ausbreitung der gemischtwirtschaftlichen Unternehmensform zu Beginn unseres Jahrhunderts war das Fehlen einer geeigneten öffentlichrechtlichen Rechtsform für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Die Organisation des öffentlichen Regiebetriebes, der zunächst den öffentlichen Versorgungs- und Verkehrsbetrieben als Unternehmensform diente, wies erhebliche Mängel auf. Die Geschäftsführung arbeitete schwerfällig; ihr waren durch die Mitwirkung der behördlichen Instanzen und der Gemeindeparlamente bei allen wichtigen Entscheidungen die Hände gebunden; außerdem oblag sie Beamten, denen wirtschaftliches, kaufmännisches Denken meist abging. Ein weiteres Hemmnis bestand darin, daß die Rentabilitätsprüfung durch

1) Vgl. hierzu Harms S. 8, 22.

die kameralistische Buchführung erschwert war.

Diese Nachteile suchte man zwar zu beseitigen, indem man den öffentlichen Wirtschaftsbetrieben kaufmännische Leiter gab und diesen größere Selbständigkeit einräumte. Derartige Maßnahmen mußten jedoch so lange ohne wesentlichen Erfolg bleiben, wie die grundsätzliche Verklammerung der Betriebe mit der allgemeinen Verwaltung bestehen blieb.

Die Rechtsformen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vermieden die Nachteile des öffentlichen Regiebetriebes. Darüberhinaus hatten sie den Vorteil der Haftungsbeschränkung. Deshalb forderten und benützten vor allem die Gemeinden mehr und mehr die privaten Gesellschaftsformen für ihre Unternehmen.¹⁾ Aber es kam aus den bereits angeführten Gründen meist nicht zur Bildung rein öffentlicher Kapitalgesellschaften, sondern zu einem Zusammengehen mit dem Privatkapital.

Im ersten Weltkrieg beteiligte sich erstmals das Reich an einer großen Zahl gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Diese sogenannten Kriegsgesellschaften sollten dem Bezug, der Verteilung und der Verwertung der Rohstoffe dienen, die für die Kriegsführung benötigt wurden und infolgedessen knapp geworden waren. Der Staat brauchte dabei die Erfahrungen des privaten Unternehmertums, da es sich um Tätigkeiten handelte, die ihm bisher fremd gewesen waren. Gleichzeitig schränkte er die Rechte der Privaten in den gemeinsamen Unternehmen aber stark ein: nach den Satzungen sollten die Gesellschaften keinen Erwerb anstreben, sondern nur dem Gemeinwohl

1) Vgl. zum Vorstehenden Bussmann S.2; Goerdeler S.133; Harms S.8; König S.39 f.; Marx-Most S. 334; Passow GWU S. 128,135; Schreiber S.694; Stauainger S.100.

dienen; die Dividende war meistens satzungsmäßig auf 4% beschränkt; häufig war dem Staat in der Satzung das Recht eingeräumt, Mitglieder des Aufsichtsrates zu ernennen und Kommissare in dieses Gesellschaftsorgan zu entsenden, denen ein Veto-recht gegen dessen Beschlüsse zustand; in manchen Fällen wurden die Gesellschaftsorgane sogar an die Weisungen eines vom Reichskanzler ernannten Bevollmächtigten gebunden.¹⁾

Während die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bis zum Ende des ersten Weltkrieges vorwiegend auf Zweckmäßigkeitssichtspunkten verschiedener Art beruhte, erhielt sie Anfang der zwanziger Jahre erstmals eine ideelle Grundlage. Der Staat war nunmehr erklärtermaßen bestrebt, Sozialstaat zu sein (Art. 151 Weimarer Reichsverfassung); dementsprechend betrachtete er es als seine Aufgabe, die Sozialordnung und damit auch das Wirtschaftsleben mitzugestalten. Die Abkehr vom Liberalismus alter Prägung wurde offen ausgesprochen.²⁾ Die im Krieg entstandene Herrschaft des Staates über weite Bereiche der Wirtschaft förderte den Gedanken, daß der Staat die Aufgabe habe, in den Wirtschaftsablauf einzugreifen, wenn das Interesse der Allgemeinheit dies gebiete.³⁾

Unter dem Einfluß dieser Anschauungen nahm die öffentliche Wirtschaftstätigkeit weiter zu. Die

1) Bruck S.567 ff., 578; Heymann S. 132 f., 135, 137 ff., 143; Geiler, Organisationsformen S.37.

2) Vgl. Keynes, Das Ende des Laissez-faire, 1926.

3) Vgl. etwa Rathenau S.39 f. und passim; Forst-hoff, Verwaltungsrecht S.61 ff.; Strauss S.13, 16.

Zahl der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen¹⁾ stieg bis 1925 auf etwa 700 an.²⁾ Allerdings lag ihre Bedeutung weniger in ihrer Gesamtzahl als in ihrem Produktionsanteil in bestimmten Wirtschaftszweigen; er betrug 1925 bei Elektrizität und Gas 30,3 und 11,7%.³⁾

In jener Zeit gemeinwirtschaftlicher Ideen waren die öffentlichen Körperschaften allerdings zu einem Zusammengehen mit dem Privatkapital nur widerstrebend bereit. Denn den Privatbeteiligten war es in der Vergangenheit oftmals gelungen, sich aufgrund ihrer größeren kaufmännischen Erfahrung einen über ihre zahlenmäßige Beteiligung hinausgehenden Einfluß zu sichern und damit dem Gewinndenken innerhalb der Gesellschaft überwiegende Geltung zu verschaffen.⁴⁾ Andererseits befanden sich besonders die Gemeinden in der Nachkriegs- und Inflationszeit in einer stark angespannten Finanzlage, so daß sie gezwungen waren, ihre wirtschaftlichen Unternehmen stärker als früher als Einnahmequellen auszunützen; dabei war ihnen die Teilnahme des Privatkapitals unerwünscht.

Aus diesen Gründen und wegen der steuerlichen Bevorzugung⁵⁾ gingen die öffentlichen Körperschaften nach dem ersten Weltkrieg in zahlreichen Fällen zur Gründung von Kapitalgesellschaften über, deren Anteile sich ausschließlich im Besitz der öffentlichen Hand befanden. Die Kapitalgesellschaft

-
- 1) Hier und bei den folgenden Angaben konnte nicht nachgeprüft werden, ob es sich um gemischtwirtschaftliche Unternehmen im Sinne unserer Definition (vgl. oben S.6) handelte, da die Fundstellen lediglich die Kapitalbeteiligung angeben.
 - 2) Terhalle S.330; im Jahre 1912 waren nach Leonl S.6 in 75 Städten 91, im Jahre 1920 nach Elsas S.993 in 159 Städten 377 gemischtwirtschaftliche Unternehmen gezählt worden.

wurde geradezu zur Modeform für öffentliche Unternehmen.¹⁾

In der Folgezeit wurde eine der wesentlichen Ursachen für die Entstehung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen mehr und mehr beseitigt; die Mangelhaftigkeit der öffentlichen Rechtsform. Schon in den zwanziger Jahren gab man den Regiebetrieben eine stärkere wirtschaftliche Ausrichtung. Die Wirtschaftskrise anfangs der dreißiger Jahre führte zu einer weiteren Verbesserung durch die 1931 eingeführte²⁾ Prüfungspflicht der wirtschaftlichen Betriebe der öffentlichen Hand.³⁾ Das Preußische Gemeindefinanzgesetz von 1933⁴⁾ und die Deutsche Gemeindeordnung von 1935⁵⁾ führten diese Entwicklung fort, indem sie eine besondere Rechnungslegung und die Erwirtschaftung eines angemessenen Ertrages vorschrieben. Endlich gab die Eigenbetriebsverordnung von 1938⁶⁾ den Werkleitungen eine größere Selbstständigkeit und führte weitere organisatorische Verbesserungen ein⁷⁾.

Die Deutsche Gemeindeordnung brachte noch eine andere bedeutsame Neuerung: sie schrieb in ihren §§ 67 bis 69 vor, daß die Gemeinden sich an wirtschaft-

noch Seite 15

3) König S.57 ff.

4) Boelsen S. 11.

5) König S.54; Schmelcher S.850.

1) Hettlage S.286.

2) 2. VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen v.5.6.1931, RGBl.I S.279 (292).

3) Vgl. Zeiss S. 4.

4) (15.12.1933), GS S.442.

5) (30.1.1935), RGBl.I S.49.

6) (21.11.1938), RGBl.I S.1650.

lichen Unternehmen nur beteiligen dürften, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertige und der Unternehmenszweck nicht besser und wirtschaftlicher durch andere erfüllt werde oder erfüllt werden könne. Durch diese gesetzlich statuierte Subsidiarität gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung und durch die Verbesserungen der öffentlichen Rechtsform dürfte die weitere Ausbreitung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zumindest im kommunalen Bereich zum Stillstand gekommen sein. Hierfür spricht, daß beispielsweise die Eigengesellschaften der Stadt Berlin nach Erlaß der Eigenbetriebsverordnung in Eigenbetriebe umgewandelt wurden.¹⁾

Im Jahre 1954 waren von 710 kommunalen Unternehmen 451 Eigenbetriebe, 91 Kapitalgesellschaften mit ausschließlich öffentlicher Beteiligung und 168 gemischtwirtschaftliche Unternehmen.²⁾ Speziell für gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften ergibt eine Aufstellung des Statistischen Bundesamtes aus dem Jahre 1958 folgendes Bild: von 2734 Aktiengesellschaften im Bundesgebiet waren an 234 Gesellschaften Bund, Länder und Gemeinden zusammen mit Privaten beteiligt.³⁾ Die Zahl der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Genossenschaften dürfte zusammen nicht größer sein, so daß man die Gesamtzahl der heute in der Bundesrepublik bestehenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmen auf 400 bis 500 schätzen kann.

noch Seite 16

7) Allerdings kann auch der verselbständigte Eigenbetrieb nicht alle Vorteile des rechtlich selbständigen Unternehmens in sich vereinigen, Forsthoff, Verwaltungsrecht, S.455.

1) Hettlage S. 298.

2) Plochg Sp.1167 f.

3) Statistisches Bundesamt VII G 59, Ergänzung zu "Wirtschaft und Statistik" 1959 Heft 2.

Die Voraussetzungen für das Weiterbestehen der gemischtwirtschaftlichen Unternehmensform sind heute teilweise recht ungünstig. Was die Bundesbeteiligungen betrifft, so gehen die Bestrebungen der Bundesregierung seit Jahren dahin, wirtschaftlichen Besitz abzustößen und die betreffenden Werke ganz in Privateigentum zu überführen. Im kommunalen Bereich übernahmen die nach 1945 erlassenen Gemeindeordnungen der Länder von der Deutschen Gemeindeordnung im wesentlichen den Ausnahmecharakter gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung¹⁾ und den Vorrang der Eigenbetriebsform vor den Rechtsformen des privaten Gesellschaftsrechts.²⁾ Das verbesserte Eigenbetriebsrecht wurde beibehalten oder weiter fortentwickelt.³⁾ Gleichwohl ist bei den Gemeinden eine Neigung dahin festzustellen, die gemeindlichen Betriebe, zumindest innerhalb der Energie- und Wasserwirtschaft, mit den privaten und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu großen, überregionalen Verbundunternehmen in Kapitalgesellschaftsform zusammenzufassen.⁴⁾

1) Vgl. die Zusammenstellung bei Surén S.139 ff.

2) Vgl. z.B. § 87 Abs.1 GO v. Baden-Württemberg v. 25.7.1955 (GBl.S.129): "Die Gemeinde darf sich an einem rechtlich selbständigen wirtschaftlichen Unternehmen nur beteiligen, wenn ... 2. der öffentliche Zweck nicht ebenso gut durch einen Eigenbetrieb erfüllt wird ...".

3) Vgl. die Zusammenstellung bei Surén S.250 ff.

4) Vgl. Depenbrock S. 19 und Plum S.32.

2. Kapitel: Allgemeine Probleme des öffentlichen
Einflusses in der gemischtwirtschaft-
lichen Aktiengesellschaft.

Im folgenden sollen die wichtigsten Rechtsprobleme kurz dargestellt werden, die sich aus der Einflußnahme öffentlicher Körperschaften in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften ergeben. Es kann sich dabei in dieser Einführung nur darum handeln, Fragestellungen aufzuzeigen und Lösungsmöglichkeiten zu formulieren, nicht jedoch darum, diese auch eingehend zu begründen.

Zunächst werden Ziele und rechtliche Bedeutung des öffentlichen Einflusses behandelt, um von da aus nach der rechtlichen Bewertung der öffentlichen Einflußnahme in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft fragen zu können.

§ 3 Die öffentlichen Interessen und ihre Geltendmachung durch die öffentliche Verwaltung.

I. Interesseninhalte.

Wenn sich öffentliche Körperschaften an Aktiengesellschaften beteiligen, so verbinden sie damit wie jeder andere Aktionär bestimmte Interessen, die sie in der Gesellschaft durchzusetzen suchen. Wir fassen die Beteiligungsziele der öffentlichen Hand unter dem Sammelbegriff "öffentliche Interessen" zusammen. Öffentliche Interessen liegen also dem Einfluß des jeweils beteiligten Gemeinwesens zugrunde.

1. Beteiligungsziele staatlicher Gemeinwesen.

Bei Bund und Ländern kommen als Beteiligungsinteressen beispielsweise in Betracht: Dämpfung oder Belebung der Konjunktur, Erzielung einer Stabilität der Preise und des Geldwertes, Erhaltung von volkswirtschaftlich wichtigen Produktionszweigen oder von einzelnen wichtigen Unternehmen trotz geringer Rentabilität, Vollbeschäftigung und Vermeidung von Massenentlassungen¹⁾ etc.²⁾. Derartige Ziele können durch Einflußnahme in einzelnen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zwar nicht erreicht, aber doch gefördert werden. So versuchte z.B. die Bundesregierung im Jahre 1957, eine allgemeine Kohlenpreiserhöhung durch die Drohung zu verhindern, daß die bundeseigene Bergwerksgesellschaft Hibernia AG sich der Preiserhöhung nicht anschließen werde³⁾. Derartige "Interventionen"⁴⁾ mit Hilfe des industriellen Bundesbesitzes zählten in der Nachkriegszeit jedoch zu den Ausnahmen.⁵⁾

Die staatlichen Gemeinwesen betrachten ihren wirtschaftlichen Besitz wie andere Aktionäre vor allem als Mittel zur Erhaltung und Mehrung ihres Vermögens. Aus diesem Grunde sind sie an einer guten Verzinsung ihres Kapitals und an der Erwirtschaftung gleichmäßig guter Erträge interessiert. Daher suchen sie in den Gesellschaften, die ihnen gehören oder an denen sie beteiligt sind, für eine

1) Studienkommission S.22.

2) Weitere Beispiele bei Reinhardt, Privates Unternehmen S.444 ff.

3) Vgl. Kurzbericht S.2.

4) Vgl. zu dem Begriff der staatlichen Intervention im Bereich der Wirtschaft bes.Scheuner, Intervention S.7 ff.

einwandfreie, finanziell vorsichtige Geschäftsführung und für eine ordnungsgemäße Finanzierung der Investitionen zu sorgen, um dadurch das Unternehmensrisiko zu vermindern.¹⁾

2. Kommunale Beteiligungsziele.

Die Beteiligungsinteressen der kommunalen Gemeinwesen sind naturgemäß auf die Belange einer oder mehrerer Gemeinden zugeschnitten. Es handelt sich dabei, wie auch der geschichtliche Rückblick gezeigt hat, vor allem um Versorgungsinteressen im weitesten Sinn. Dazu gehören die Versorgung der Einwohner mit Elektrizität, Gas und Wasser sowie die Bereitstellung von Verkehrsmitteln wie Straßenbahnen, Omnibuslinien und Hafenanlagen. Die Gemeinden sind bestrebt, diese Versorgungsleistungen möglichst billig und sicher zu erbringen. Sie werden daher ihren Einfluß in den entsprechenden gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften vornehmlich dahin geltend machen, daß Preise und Tarife möglichst niedrig gehalten werden, daß die Einheitlichkeit der Versorgung und des Versorgungsgebietes erreicht wird oder erhalten bleibt²⁾, und daß die Versorgung der Bevölkerung durch hohe Dienstbereitschaft der Unternehmen gesichert wird.³⁾

noch Seite 20

5) In dem Kurzbericht (S.2) heißt es hierzu: "Es ist jedoch nicht sicher, daß dieser Kurs einen Dauerzustand darstellen wird; denn die Motive der Konjunkturpolitik, der Monopolpolitik, der Standortpolitik und der Rüstungspolitik, die früher zu den Beteiligungen an industriellen Unternehmen geführt hatten, gelten grundsätzlich auch heute."

1) Kurzbericht S.1.

2) König S.23.

3) Ahrens S. 2.

Andererseits folgt, wie bei den staatlichen Körperschaften, schon aus der Aktionärstellung der Gemeinden, daß ihre von Aktiengesellschaften betriebenen erwerbswirtschaftlichen Unternehmen und die Beteiligungen hieran eine angemessene Verzinsung des hingegebenen Kapitals erbringen müssen; es mag sogar sein, daß die ertragswirtschaftliche Zielsetzung heute ähnlich wie in den zwanziger Jahren¹⁾ im Bereich der kommunalen Wirtschaft stärker ausgeprägt ist als bei Unternehmen mit staatlicher Beteiligung.²⁾ So bestimmen auch sämtliche Gemeindeordnungen, daß die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden einen Ertrag für den Gemeindehaushalt abwerfen solle.³⁾

3. Unbestimmtheit der öffentlichen Interessen.

Die beispielhafte Aufzählung der möglichen Interesseninhalte läßt deutlich werden, daß es "das" öffentliche Interesse offenbar nicht gibt. Die öffentlichen Interessen sind nach der Stellung des beteiligten Gemeinwesens, den Voraussetzungen und der Art der einzelnen Beteiligung jeweils verschieden. Die Mannigfaltigkeit der unter dem Begriff der öffentlichen Interessen zusammengefaßten öffentlichen Beteiligungszwecke mag an folgenden Beispielen noch veranschaulicht werden.

Sie tritt vor allem in den Fällen hervor, in denen mehrere öffentliche Körperschaften an einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligt sind. So kann etwa die eine Stadtverwaltung den Vorteil in billigen Preisen und geringem Unter-

1) Vgl. oben S.15.

2) Vgl. Hellwig S.16.

3) Vgl. die Zusammenstellung der Vorschriften bei Surén S.237 f.

nehmergewinn sehen, d.h. die Verbraucherinteressen als "öffentliches" Interesse vertreten, während die andere Stadt gleichfalls "das" öffentliche Interesse zu wahren sucht, indem sie höheren Preisen und höherem Gewinn den Vorzug gibt, um die städtischen Einnahmen zum Wohl aller Bürger zu erhöhen¹⁾.

An diesem Beispiel wird ein Umstand sichtbar, der schon bei dem Rückblick auf die Entstehungsgeschichte zu erkennen war²⁾: das kapitalistische Interesse an hohen Gewinnen ist nicht unbedingt als Gegensatz zu den sonstigen öffentlichen Interessen zu verstehen. In allen Fällen, in denen ein öffentliches Interesse am Bestand eines gesamtwirtschaftlich oder sozialpolitisch wichtigen Unternehmens besteht, ist dieses Interesse nur durch die Erzielung guter Erträge zu verwirklichen.

Sogar in dem engen Bereich der Verbraucherinteressen läßt sich nichts Eindeutiges darüber bestimmen, was im öffentlichen Interesse geboten ist. Beispielsweise kann eine gemischtwirtschaftliche Straßenbahngesellschaft vor die Frage gestellt werden, ob sie neue, noch wenig besiedelte Gegenden des Stadtgebietes an das Verkehrsnetz anschließen soll, obwohl Tarifierhöhungen die notwendige Folge wären. Die beteiligte Stadt kann "das" öffentliche Interesse hier darin sehen, den Bewohnern des neuen Stadtgebietes die Verkehrsmittel der Gesellschaft zugänglich zu machen; sie kann aber auch die unrentable Investition ablehnen mit dem Hinweis auf soziale Härten, die durch eine Tarifierhöhung für die übrige Bevölkerung entstehen würden.

1) Beispiel von Harms S.45.

2) Vgl. oben S.9 f.

Ein Charakteristikum der öffentlichen Interessen ist somit ihre Unbestimmtheit. Kein Gemeinwesen und keine Bevölkerungsgruppe kann für sich beanspruchen, schlechthin "das" öffentliche Interesse zu repräsentieren.¹⁾

Man hat nun den Begriff der öffentlichen Interessen gerade für den hier interessierenden Bereich der öffentlichen Einflußnahme in Aktiengesellschaften wegen seiner inhaltlichen Unbestimmtheit als juristisch nicht normierbar bezeichnet.²⁾ Doch ging man dabei von der Gemeinwohlklausel des § 70 Abs.1 AktG, d.h. von der Frage aus, welche öffentlichen Interessen der Vorstand einer Aktiengesellschaft bei seiner Geschäftsführung zu berücksichtigen hat. Dieses Problem ist, wie später noch verdeutlicht werden soll, rechtlich anders gestellt als die Frage nach der rechtlichen Normierbarkeit der von einem Gemeinwesen verfolgten öffentlichen Interessen.

Ein kurzer Blick auf die für unser Thema in Frage kommenden öffentlichrechtlichen Normen zeigt allerdings, daß sich auch die Inhalte der von den Gemeinwesen verfolgten öffentlichen Interessen juristisch nicht genau bestimmen lassen.

§ 48 Abs. 2 RHO³⁾ macht die Beteiligung des Bundes an wirtschaftlichen Unternehmen unter anderem davon abhängig, daß dem Bund bestimmte Prüfungsrechte eingeräumt werden, "soweit es der von ihm verfolgte Zweck erfordert". § 60 Abs. 2 RWB⁴⁾ statu-

1) Studienkommission S.22.

2) Vgl. Mallon ZBR 1929/30, 182; Ahrens S.2; Studienkommission S.22; Schmidt, Großkomm. Anm.11 zu § 70 AktG; Köhler S.142; Kunze S.15; Würdinger S.121; Mestmäcker S.37; Wiethölter S.10; Westermann S.264.

3) Die Reichshaushaltsordnung v.31.12.1922 (RGBl.1923 II S.17) ist gemäß Gesetz v.7.6.1950 (BGBl.S.199) für die Haushaltsführung des Bundes vorläufig anzuwenden.

iert als Beteiligungsvoraussetzung unter anderem ein "wichtiges Interesse" des Reiches (Bundes). Beide Bestimmungen lassen offen, wann ein "öffentlicher Zweck" oder ein "wichtiges Interesse des Reiches" vorliegt. Im Anschluß an § 67 DGO bestimmen fast alle Gemeindeordnungen der Länder¹⁾, daß die Gemeinden wirtschaftliche Unternehmen nur betreiben dürfen, wenn ein öffentlicher Zweck dies rechtfertigt und wenn dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann; damit ist den Gemeinden nach allgemeiner Ansicht verboten, sich nur aus Gründen der Gewinnerzielung unternehmerisch zu betätigen²⁾.

Über den Inhalt des Begriffes "öffentlicher Zweck" oder "öffentliches Interesse" ist somit lediglich im Gemeinderecht etwas Näheres ausgesagt. Das ist aber nur in negativer Weise geschehen, indem als öffentlicher Zweck das reine Gewinninteresse nicht anerkannt wird. Welche öffentlichen Interessen hinzukommen müssen, ist nicht bestimmt.

Der Grund für die offenbare Unmöglichkeit, den Inhalt der öffentlichen Interessen für den Bereich der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand positiv zu bestimmen, dürfte darin zu suchen sein, daß es sich bei dieser Tätigkeit öffentlicher Verwaltungsorgane um gestaltende Verwaltung handelt, die notwendig auf einen weiten Ermessensspielraum angewiesen ist.

noch Seite 24

4) Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden v. 11.2.1929, RmBl. S. 49.

1) Vgl. über die Ausnahme Bremerhaven und über die im einzelnen engeren und weiteren Voraussetzungen die Zusammenstellung bei Surén S. 140 f.

2) Surén S. 154; Frentzel S. 20; Köttgen S. 591.

Bedeutet nun der Verzicht auf eine positive Inhaltsbestimmung der öffentlichen Interessen, daß auch deren Geltendmachung in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften durch öffentliche Körperschaften rechtlich nicht "faßbar" ist? Von der Antwort auf diese Frage hängt die rechtliche Bedeutung der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft teilweise ab.

II. Rechtliche Gebundenheit der öffentlichen Verwaltung bei der Geltendmachung öffentlicher Interessen.

Wir haben also zu fragen, ob die gestaltende, nach freiem Ermessen ausgeübte Tätigkeit öffentlicher Verwaltungsorgane rechtlich gebunden ist oder nicht, Hierüber bestehen kontroverse Meinungen.

Von Fragen des Steuerrechts ausgehend, unterscheidet Flume¹⁾ zunächst zwei Arten öffentlicher Verwaltungstätigkeit: einerseits die Feststellung dessen was rechtens ist, andererseits das Handeln der Verwaltungsbehörden aus eigener Initiative. Flume meint, das Handeln der Verwaltung aus eigener Initiative könne von der Rechtsordnung nicht erfaßt, sondern nur nach Zuständigkeit, Mittel und Spielraum des Handelns rechtlich umgrenzt werden; hier sei der Verwaltung ein Ermessensspielraum eingeräumt, innerhalb dessen die Handlungen rechtlich nicht beurteilbar seien, weil die Initiative nur durch sich selbst, nicht aber durch das Recht bestimmt sei.²⁾ Wo demgegenüber das Recht wirke, gebe es keine eigene Entscheidung mehr, sondern das Recht entscheide.³⁾

1) Insbes.S.73 ff.

2) Flume S.77,97.

3) Flume S.77.

Nach Flumes Ansicht wären die öffentlichen Verwaltungsorgane bei der hier interessierenden Einflußnahme in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften, bei der es sich ja nicht um Anwendung von Rechtsnormen handelt, abgesehen von den Vorschriften der §§ 48 RHO, 60 Abs. 2 RWB und der Gemeindeordnungen grundsätzlich rechtlich ungebunden. Für diese Ansicht scheint gerade die rechtliche Unbestimmtheit des Begriffs der öffentlichen Interessen zu sprechen.

Anderer Ansicht als Flume ist einmal Forsthoff.¹⁾ Er wendet sich gegen die Vorstellung, als erreiche das Recht die Verwaltung nur von außen her, während sie doch in Richtung und Ziel ihrer Tätigkeit dem Recht verpflichtet und daher im Ganzen vom Recht durchwaltet sei.

Ehmke²⁾ legt dar, daß zwischen den Fällen restloser Bindung an das Gesetz und den Fällen, in denen der Verwaltung ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, kein grundsätzlicher - wie Flume meint -, sondern nur ein gradueller Unterschied bestehe; der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gelte im demokratischen Gesetzgebungsstaat für die ganze Verwaltung, weshalb das Gesetz für sie nicht mehr nur Grenze, sondern Auftrag und Vollmacht sei.

Auch Mallmann³⁾ ist offenbar dieser Ansicht, wenn er die gesamte Nichteingriffsverwaltung, also gerade auch die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der herkömmlicherweise sonst

1) Verwaltungsrecht S. 3 f., allerdings ohne direkte Bezugnahme auf Flume.

2) Ermessen S. 35 ff., 40 f.

3) S. 174 - 188.

nur auf die Eingriffsverwaltung angewandt wird, unterstellt.

Die zuletzt angeführten Autoren gewinnen ihre Auffassung aus der Erkenntnis, daß Staat und Gesellschaft heute nicht mehr getrennt sind¹⁾, daß der Staat folglich nicht mehr nur in das gesellschaftliche Leben eingreift, sondern es zunehmend mitgestaltet. Dabei kann er nicht mehr bloß äußerlich gedachten rechtlichen Schranken unterliegen. Vielmehr erfordert die demokratische und rechtliche Einheit des heutigen Staates, dessen gesamte Tätigkeit als rechtsbestimmt und rechtsgebunden zu bewerten. Der einheitliche rechtliche Zurechnungsgrund kann wohl - was gerade für den hier interessierenden Bereich der staatlichen Tätigkeit bedeutsam ist - ganz allgemein in der primären Aufgabe aller Gemeinwesen, das Gemeinwohl zu fördern und zu verwirklichen, gesehen werden.²⁾ Alles Handeln öffentlicher Verwaltungsorgane muß dieser Grundaufgabe letztlich verpflichtet sein, so daß man entgegen Flume keinen "rechtsfreien" Bereich öffentlicher Verwaltungstätigkeit wird anerkennen können.

Von dieser Prämisse aus³⁾ ist die Einflußnahme der öffentlichen Hand in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften durch die Verpflichtung zur Gemeinwohlverwirklichung stets rechtsbestimmt.⁴⁾

1) Vgl. dazu Forsthoff, Verwaltungsrecht S.3; Ehmke, Ermessen S.40 f., Staat und Gesellschaft, passim, sowie Wirtschaft und Verfassung S.5 ff.; Mallmann S.177.

2) So für die staatlichen Gemeinwesen etwa: Gundlach Sp.738: Staat der "wesensnotwendige Träger des Gemeinwohls"; Krüger S.261: "...daß der Staat als Repräsentation des Gemeinwohls gar nicht imstande ist, anders als gemeinwohlbestimmt... zu handeln, und zwar ...innerlich und ursprünglich gemeinwohlbestimmt. Er existiert gar nicht

Die Vielfalt und Unbestimmtheit der öffentlichen Interessen stellt diese rechtliche Bindung nicht in Frage; sie ist darauf zurückzuführen, daß das Gemeinwohl rechtlich nicht weiter vorausbestimmt werden kann, sondern notwendigerweise durch die Verwaltungsorgane "im Einzelnen und Besonderen"¹⁾, d.h. von Fall zu Fall, konkretisiert werden muß. Unsere Rechtsordnung gibt daher für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand nur sehr allgemeine Richtlinien, wie die §§ 48 RHO, 60 Abs.2 RWB und die entsprechenden Vorschriften der Gemeindeordnungen zeigen.

Als Ausgangspunkt für die weitere Darstellung soll festgehalten werden, daß die öffentlichen Verwaltungsorgane bei der Geltendmachung öffentlicher Interessen in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften trotz der Unbestimmtheit der Interesseninhalte rechtlich stets an die Grundaufgabe der Gemeinwohlverwirklichung gebunden sind.

Nunmehr kann gefragt werden, wie sich diese öffentliche Einflußnahme rechtlich weiter auswirkt: führt sie einmal dazu, daß die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ein Organ der öffentlichen Verwaltung wird, und ist sie auf der anderen Seite aktienrechtlich überhaupt zulässig?

noch Seite 28

- 2) weiter und anders als unter dieser Bestimmung"; Mallmann S.197: "...der dem Gemeinwohl verpflichtete, Gemeinschaftsangelegenheiten besorgende Staat".- Für den Selbstverwaltungsbereich der kommunalen Gemeinwesen dürfte entsprechendes gelten; dabei wird der Unterschied zwischen Staat und von diesem abhängiger Selbstverwaltungskörperschaft nicht übersehen.
- 3) Der Versuch einer näheren Begründung würde den Rahmen dieser Einführung sprengen.
- 4) Dies ist nicht dahin zu verstehen, als sei die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffent-

§ 4 Die öffentlichen Interessen in der gemischt-
wirtschaftlichen Aktiengesellschaft.

I. Sind gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft-
ten Organe der öffentlichen Verwaltung?

1. Die Meinung im Schrifttum.

Die Beteiligung der öffentlichen Hand an privat-
wirtschaftlichen Unternehmen zur Verfolgung öffent-
licher Interessen hat teilweise zu der Auffassung
geführt, daß die privatrechtlichen Gesellschaften
dadurch zu Trägern öffentlicher Verwaltung würden.

So stellt Ipsen¹⁾, von dem "wichtigen Interesse
des Reichs" in § 60 Abs. 2 RWB ausgehend²⁾, allge-
mein auf das öffentliche Interesse ab, das zu den
Beteiligungen der öffentlichen Hand geführt habe.
Durch die von öffentlichen Interessen bestimmte
Beteiligung öffentlicher Körperschaften würden die
privatrechtlichen Gesellschaften "im Kern ihrer
Aufgabenstellung gewandelt".³⁾ Ipsen spricht da-
her von einer "öffentlich-rechtlichen Indienst-
nahme handelsrechtlicher Gesellschaften für Ver-
waltungsaufgaben" und, im Anschluß an Schürmann⁴⁾,

noch Seite 28

4) lichen Hand Erfüllung einer rechtlichen Aufgabe;
hier genügt es festzustellen, daß die öffent-
liche Verwaltung jedenfalls dann, wenn sie auf
diese Weise tätig wird, rechtlich nicht unge-
bunden, sondern zur Förderung des Gemeinwohls
verpflichtet ist.

noch Seite 29

1) Vgl. Scheuner, Regierung S.277.

1) JZ 1955, 593. Ipsen behandelt die Frage im
Rahmen des Problems, ob Prüfungsgesellschaften
mit staatlicher Beteiligung von der Prüfung

von der Verwaltungstätigkeit, welche das gemischt-wirtschaftliche Unternehmen ausübe.¹⁾

Zu einer ähnlichen Sicht gelangt Köttgen²⁾ für den Bereich gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit. Er geht von dem "öffentlichen Zweck" in § 67 DGO aus und sieht in ihm das "zentrale Kriterium" jedes gemeindlichen Wirtschaftsunternehmens.³⁾ Dieses stehe unter dem Gesetz des ihm "eingestifteten" öffentlichen Zweckes⁴⁾, es sei "öffentliche Einrichtung"⁵⁾ und als solche ein wesentliches Mittel kommunaler Verwaltung.⁶⁾ Damit erkennt Köttgen den kommunalen Wirtschaftsunternehmen öffentliche Verwaltungsfunktion zu.⁷⁾

An dieser Stelle ist auch die von Friesenhahn⁸⁾ vertretene Auffassung zu erwähnen, daß die Energieversorgungsunternehmen öffentliche Verwaltungsfunktion ausübten.⁹⁾ Friesenhahn entwickelt seine Ansicht von § 8 des Energiewirtschaftsgesetzes¹⁰⁾ aus.

noch Seite 30

- 1) solcher Aktiengesellschaften ausgeschlossen sind, an denen ebenfalls Bund oder Länder beteiligt sind; vgl. hierzu bes.Jäckel, passim.
- 2) Ein Ausgangspunkt, der nicht sehr überzeugt, weil § 60 Abs. 2 RWB lediglich haushaltsrechtliche Bedeutung zukommt: die Vorschrift will nur die zweckmäßige Verwendung von Haushaltsmitteln sichern, vgl. Frentzel S. 18.
- 3) AaO S.598.
- 4) S.168 a, 172 a.
- 1) AaO S.598.
- 2) Gemeinden, passim.
- 3) Darunter versteht Köttgen offenbar auch diejenigen Unternehmen, an denen eine Gemeinde neben Privaten beteiligt ist.
- 4) AaO S.591.
- 5) AaO S.593.
- 6) AaO S.607.
- 7) Vgl. auch aaO S.590: das Gemeinderecht wolle die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden

Diese Vorschrift ermächtigt die Aufsichtsbehörde, sowohl einem Energieversorgungsunternehmen den Betrieb zu untersagen, wenn es außerstande ist, seine Versorgungsaufgaben zu erfüllen (Abs.1 S.1), als auch ein anderes Energieversorgungsunternehmen mit der Übernahme dieser Aufgaben bindend zu beauftragen (Abs. 1 S.2 und 6). Hieraus und aus dem Ausdruck "öffentliche Energieversorgung" in § 2 Abs. 2 S.1 EnergWG folgert Friesenhahn, die Energieversorgungsunternehmen seien nicht ein Zweig der gewerblichen Wirtschaft wie jeder andere, sie seien vielmehr, "in einer spezifischen Nähe zur Hoheitsverwaltung (stehend), ... für eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung in Pflicht genommen..."¹⁾. Die Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität und Gas werde im deutschen Recht als eine Aufgabe der Verwaltung, insbesondere der Gemeinden, angesehen.²⁾ Soweit privatrechtliche Energieversorgungsunternehmen Aufgaben der Energieversorgung erfüllten, übten sie daher als beliehene Unternehmer im Dienste der Daseinsvorsorge öffentliche Verwaltungstätigkeit aus.³⁾

noch Seite 31

- 7) nicht als einen "Kontrastbegriff" zu dem Begriff Verwaltung verstanden wissen.
 - 8) S.12 ff., insbes. S. 13 ff.
 - 9) Wie noch auszuführen ist, hat diese Meinung mit den vorstehend wiedergegebenen einen gemeinsamen Boden; daher kann der tatsächliche Unterschied - dort Beteiligung der öffentlichen Hand, hier gesetzliche Zuweisung einer "öffentlichen Aufgabe" - vernachlässigt werden.
 - 10) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (EnergWG) v.13.12.1935, RGBI. I S.1451.
- 1) S.14.
 - 2) S.13.
 - 3) S.13, im Anschluß an Huber S.533 ff.

Die Gemeinsamkeit der genannten Auffassungen¹⁾ besteht darin, daß sie von einer Aufgabe des Staates und der Gemeinden zur wirtschaftlichen Betätigung auf bestimmten Gebieten ausgehen. Diese Aufgabenstellung, die man gern unter dem von Forsthoff²⁾ geprägten Schlagwort "Daseinsvorsorge" zusammenfaßt³⁾, ist nun aber sehr umstritten und wird von vielen Autoren abgelehnt, vor allem deshalb, weil ihre Konsequenz der absolute Wohlfahrts- und Verteilerstaat sei.⁴⁾ Auf diese grundsätzliche Frage kann hier aber nicht näher eingegangen werden. Es können hier nur einige für den Bereich der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft bedenkliche Auswirkungen angedeutet werden.

2. Kritik.

Zunächst sei bemerkt, daß die dargestellte Theorie zu einer Grundrechtsbindung der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften bei ihrer unternehmerischen Betätigung führen müßte, wenn man der "modernen" Lehre von der Bindung auch der nichthoheitlichen Verwaltung an die Grundrechte⁵⁾ folgt. Scheuner⁶⁾ hat darauf hingewiesen, daß da-

-
- 1) Eine Stellungnahme im einzelnen ist nicht möglich. Vgl. gegenüber Friesenhahn insbesondere Maunz, passim, ferner Ballerstedt, Energierecht S.12,18.
 - 2) Leistungsträger S.4 ff;vgl. jetzt besonders Verwaltungsrecht S.320 ff.
 - 3) Ipsen, S.598 Anm. 39,40,Köttgen, Gemeinden S.538, und Friesenhahn, S.13,nehmen denn auch auf Forsthoff Bezug. Forsthoff hat übrigens schon 1938 die Energiewirtschaft als eine durch das EnergWG ausgesprochene "Indienststellung" privater Unternehmen zu Leistungspflichten (der Daseinsvorsorge) bezeichnet,vgl. Leistungsträger S.33 f.
 - 4) Vgl. etwa Maunz S. 321;Fischerhof S.305 ff(beide insbes.gegen Friesenhahn); Depenbrock S.51 ff,

durch das privatrechtliche Eigentum (d.h. das Mitgliedschaftsrecht) der privaten Beteiligten verletzt werden kann, und Bettermann¹⁾ hat auf die sich ergebenden Schwierigkeiten bei der Frage der gerichtlichen Kontrolle der Grundrechtsbindung aufmerksam gemacht.

Hier interessieren vor allem die aktienrechtlichen Konsequenzen der oben skizzierten Theorie. Man muß diese Theorie zunächst dahin konkretisieren: mit der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft würden auch deren Organe, also Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, zu Organen der öffentlichen Verwaltung werden. Das hätte zur Folge, daß sie grundsätzlich den Weisungen der Verwaltungsbehörden des beteiligten Gemeinwesens unterworfen wären. Das würde z.B. für den Vorstand bedeuten, daß seine sämtlichen Mitglieder, also auch die nicht zugleich den Verwaltungsorganen des Gemeinwesens angehörenden²⁾, Weisungen eines Aktionärs befolgen müßten, was eine Durchbrechung des aktienrechtlichen Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung (§ 70 Abs.1 AktG) bedeuten würde. Überhaupt wären die Gesellschaftsorgane nicht mehr der Gesellschaft, sondern dem beteiligten Gemeinwesen für ihre Tätigkeit verantwortlich. Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft würde damit zu einer Abteilung der öffentlichen Verwaltung.

noch Seite 33

4) 54,73,77; Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht S.53 mit Anm.142; Frentzel S.30 f.

5) Vgl. bes. Zeidler S.215 ff. und Mallmann S.194 ff.

6) VVDStRL 19 (1961), 253.

1) S.253.

2) Über deren Stellung wird noch Näheres zu sagen sein, vgl. unten S.89 ff.

Ipsen will diese Konsequenz einer Durchbrechung des Aktienrechts offenbar ziehen. Er wendet sich¹⁾ nämlich gegen den Satz, daß die Kapitalgesellschaften mit öffentlicher Beteiligung wie jede andere privatrechtliche Gesellschaft den Regeln des bürgerlichen Rechts und des Gesellschaftsrechts unterständen. Dieser Satz ist jedoch allgemein anerkannt²⁾; er ist nur eine besondere Ausprägung des seit jeher geltenden Grundsatzes, daß der in privatrechtlichen Formen handelnde Staat den Regeln des Privatrechts unterliegt³⁾, und dies ist wiederum eine Folge der allgemeinen Bindung der öffentlichen Verwaltung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Von daher ist nicht einzusehen, weshalb allein die Beteiligung der öffentlichen Hand an einer Aktiengesellschaft diese zu einem Verwaltungsorgan machen und damit zu einer Durchbrechung aktienrechtlicher Grundsätze führen soll.

Die sich aus der Beteiligung der öffentlichen Hand ergebende Problematik bezieht sich demnach, genau genommen, nicht auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft selbst. Nur für die in den Organen der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften tätig werdenden Vertreter der beteiligten öffentlichen Körperschaften kann man fragen, wie ihre öffentlichrechtliche Pflichtstellung⁴⁾ gegenüber

1) JZ 1955, 597 mit Anm.29.

2) Vgl. etwa Köttgen, Öffentliche Hand S.30; Geiler, GruchBeitr. 68, 617; Huber S.525, 529; Forsthoff, Verwaltungsrecht S.359; Frentzel S.23.

3) Fraglich ist hierbei allein, ob der Staat daneben auch öffentlichrechtlichen Bindungen, vor allem Grundrechtsbindungen, unterworfen ist; vgl. dazu Zeidler S.215 ff; Mallmann S. 194 ff.

4) Meist handelt es sich um Beamte des beteiligten Gemeinwesens; vgl. im einzelnen unten S.89 ff.

dem jeweils beteiligten Gemeinwesen und ihre privatrechtliche Stellung als Organmitglieder einer Aktiengesellschaft zu vereinbaren seien. Diesem Problem soll im folgenden unter dem Gesichtspunkt nachgegangen werden, ob das Aktienrecht etwa eine Beteiligung und Einflußnahme öffentlicher Körperschaften nicht zuläßt.

II. Aktiengesellschaft und Gemeinwohl.

1. Fragestellung.

Bisher wurde die Frage behandelt, ob die Beteiligung der öffentlichen Hand an Aktiengesellschaften möglicherweise zu einer Durchbrechung aktienrechtlicher Regeln führt. Umgekehrt läßt sich fragen, ob etwa das Aktienrecht eine Beteiligung der öffentlichen Hand wegen der Geltendmachung öffentlicher Interessen ausschließt. Eine solche Ansicht wird zwar nicht in dieser Formulierung, aber doch dem Sinn nach vertreten, wenn die Verfolgung öffentlicher Interessen in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft als "Fremdkörper" im System der aktiengesellschaftlichen Organisation verstanden wird.

Man geht dabei von der Eigentümlichkeit der Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft¹⁾ aus. Aus dem kapitalistischen Grundgedanken der Aktiengesellschaft folge, daß das Gewinnstreben ihrer Mitglieder auch die rechtliche Grundlage der Aktiengesellschaft bilde.²⁾ Die kapitalistische

1) Haussmann, Aktienwesen S.36; Würdinger S.6.

2) So Böttger S.55; Haussmann ZBH 1931,8; Köhler S.139.

Struktur der Aktiengesellschaft werde aber, wenigstens der Tendenz nach, durch das Wirken öffentlicher Interessen in der Aktiengesellschaft verfälscht. Denn dem kapitalistischen Gewinnstreben der Aktionäre widerstreite die Wahrung der Belange der Allgemeinheit, da diese stets ein Zurücktreten der Gewinninteressen zur Folge habe.¹⁾

Bevor nun aber der Frage nachgegangen werden kann, wie die Geltendmachung öffentlicher Interessen durch ein Gemeinwesen aktienrechtlich zu bewerten sei (ob sie als "Fremdkörper" aktienrechtlich etwa unzulässig ist,) muß zuvor doch wohl gefragt werden, welche rechtliche Bedeutung öffentliche Interessen für die Aktiengesellschaft und ihre Organe unabhängig von der Einflußnahme eines Gemeinwesens haben.²⁾ Erst dann wird sich aufgrund der Vergleichsmöglichkeit vom Aktienrecht her Näheres über die öffentliche Einflußnahme sagen lassen.

Es soll daher zunächst die allgemeine Bedeutung öffentlicher Interessen in der Aktiengesellschaft untersucht werden, und zwar vor allem im Verhältnis zu den Gewinninteressen der Aktionäre.

-
- 1) Vgl. Ahls S.2; Brandt S.9; Frielinghaus S.468; Haussmann, Aktienwesen S.46; Marx-Most S.339; Saemisch S.426; Staudinger S.103; Umbach S.47. Im Ergebnis so auch Köhler, S.139 f., 141, nach dessen Ansicht dem Gemeinwohl (den öffentlichen Interessen) ein Platz nicht in dem "interessenmonistischen" (i.S.von Gewinninteressen) Gesellschaftsrecht, sondern allenfalls in einer "Unternehmensverfassung" zukomme.
 - 2) Hier werden die öffentlichen Interessen also nicht i.S. der oben S.19 vorgenommenen Definition als die von der öffentlichen Hand verfolgten Interessen verstanden, sondern als Belange der Allgemeinheit i.S. von Gemeinwohl (vgl. § 70 Abs. 1 AktG), soweit sie aktienrechtlich bedeutsam sein können.

2. Dogmatische Betrachtung.

Ist durch die kapitalistische Struktur der Aktiengesellschaft das Gewinnstreben der Aktionäre als Rechtsprinzip des Aktienrechts festgelegt mit der Folge, daß öffentliche Interessen daneben "keinen Platz" haben?

Für diese Annahme scheint zu sprechen, daß viele der 304 Paragraphen des Aktiengesetzes für eine Aktiengesellschaft, die auf erwerbswirtschaftliche Betätigung verzichtet, gegenstandslos wären. Doch dies bedeutet nur, daß das Aktiengesetz auf Gesellschaften "zugeschnitten" ist, die erwerbswirtschaftliche Unternehmen betreiben. Daneben gibt es ja auch gemeinnützige Aktiengesellschaften. Obwohl in ihnen die Aktionäre keine Gewinninteressen verfolgen, handelt es sich rechtlich um Aktiengesellschaften. Das ergibt sich schon aus § 3 AktG, der voraussetzt, daß der Gegenstand des Unternehmens einer Aktiengesellschaft nicht im Betrieb eines "Handelsgewerbes" zu bestehen braucht.

Es folgt vor allem daraus, daß das Aktiengesetz in den §§ 16 Abs. 3 Nr. 2 und 146 Abs. 1 S. 2 den Gründern und später den Aktionären die Wahl des Unternehmensgegenstandes freistellt. Damit hat der Gesetzgeber den Rechtsgrundsatz der privaten autonomen Zwecksetzung für das Aktienrecht anerkannt.¹⁾ Bis 1870 war die Errichtung einer Aktiengesellschaft noch von einer staatlichen Konzessionsverleihung abhängig gewesen; an deren Stelle trat

1) Vgl. Reinhardt, Aktienrecht S. 26; Ballerstedt, Unternehmenskonzentration S. 875 ff.

dann erstmalig durch die Aktienrechtsnovelle von 1870¹⁾ das heute noch geltende²⁾ System der Normativbestimmungen. Übrigens spricht das Aktiengesetz auch an keiner Stelle von erwerbswirtschaftlichen Unternehmen, sondern - in §§ 16 Abs. 3 Nr.2, 54 Abs.2. und 146 Abs.1 S.2 - nur von Unternehmen schlechthin.

Die kapitalistische Eigentümlichkeit der Aktiengesellschaft ist somit nicht zugleich eine rechtliche Eigenart, sondern nur ein ökonomisches Prinzip der Mehrzahl der in Form von Aktiengesellschaften betriebenen Unternehmen.³⁾ Eine Parallele hierzu bietet die Einmann-Aktiengesellschaft: Die Aktiengesellschaft erfüllt hier die ihr zugedachte Kapitalsammlungsfunktion⁴⁾ nicht mehr⁵⁾ und bleibt trotzdem Aktiengesellschaft⁶⁾.

Nun ist jedoch zu beachten, daß in den Fällen, in denen die Satzung als Unternehmensgegenstand den Betrieb eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens bestimmt, damit zugleich das Prinzip der Gewinnmaximierung⁷⁾ Satzungsinhalt wird. Denn Wirtschaftsunternehmen werden regelmäßig nach diesem Prinzip betrieben, ohne daß dies in der Satzung hervorgehoben werden müßte. Die Aktionäre, welche die Satzung beschließen (und ebenso die später hinzukommenden), beteiligen sich unter dieser Voraussetzung an der betreffenden Gesellschaft. Daher wird man als Satzungsinhalt in diesen Fällen auch das Gewinnprinzip ansehen müssen.⁸⁾ Da die Satzung

1) Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften v. 11.6.1870 (BGBl. des Norddeutschen Bundes S.375), § 1 Art.209 ff.

2) Vgl. §§ 16 ff. AktG.

im gesellschaftlichen Bereich der Aktiengesellschaft als Regelung objektiver Natur gilt¹⁾, hat somit auch der Grundsatz größtmöglicher Gewinnerzielung normative Geltung.

Doch auch daraus folgt nicht, daß die Berücksichtigung öffentlicher Interessen, die zu einer Abschwächung des Gewinnprinzips führt, aktienrechtswidrig ist. Die Rücksichtnahme auf wirtschafts- und sozialpolitische Interessen der Allgemeinheit ist stets an den einzelnen Fall gebunden.²⁾ Das Prinzip der Gewinnerzielung wird dadurch in der Regel nicht angetastet; nur in praktisch wohl kaum vorkommenden Grenzfällen wäre dies denkbar. Im Einzelfall dürfen aber nach § 70 Abs. 1 AktG öffentliche Interessen durch die Leiter der Aktiengesellschaft, den Vorstand, berücksichtigt werden.

Die Gemeinwohlklausel des § 70 Abs.1 AktG ist allerdings nach allgemeiner Ansicht rechtsnormativ wenig "ergiebig"; sie wird mehr als rechtspolitisches Prinzip oder als Appell an das sozialetische Gewissen der Vorstandsmitglieder denn als Rechtspflicht

noch Seite 39

- 3) Ebenso Köttgen, Gemeinden S.593: Das Gewinnstreben könne nur ein "Naturale", kein "juristisches Essentiale" sein.- Auch für den Unternehmensbegriff selbst ist das Gewinnstreben kein juristisches Merkmal, sondern ökonomische Voraussetzung, vgl.Rittner, Unternehmen und freier Beruf S.17. Unrichtig daher Hüttl S.198.
- 4) Würdinger S.2.
- 5) Darauf weist Ballerstedt, Unternehmenskonzentration S.876 hin.
- 6) Würdinger S.216 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.
- 7) Das bei dem Streben nach dauerhaft hohem Gewinn andere Prinzipien guter Unternehmenspolitik einschließt.
- 8) Näheres hierzu unter S.119 ff.
- 1) Vgl. Würdinger S.30.
- 2) Vgl. etwa die umstrittene Preiserhöhung für Volkswagen, (oben S.6).

des Vorstandes aufgefaßt, weil nicht objektiv bestimmt werden könne, was das Gemeinwohl erfordert.¹⁾ Der Unbestimmtheit des Begriffes sind wir bei der Darstellung der von der öffentlichen Hand geltend gemachten öffentlichen Interessen bereits begegnet²⁾; wir konnten dort gleichwohl von einer rechtlichen Verpflichtung der Verwaltungsorgane der öffentlichen Hand zur Geltendmachung öffentlicher Interessen sprechen, weil es eben die wesentliche Aufgabe eines Gemeinwesens ist, die Verwirklichung des Gemeinwohles zu fördern. Die Aktiengesellschaft und mit ihr deren Vorstand³⁾ trifft eine solche primäre Pflicht jedoch nicht, weil ihre Aufgabe in erster Linie die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes durch den Betrieb eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens ist und diese Aufgabe wesentlich andersartig ist als die grundsätzlich rechtsbestimmte Aufgabe der öffentlichen Verwaltung.⁴⁾ Deshalb kann das Gemeinwohl für die Führung eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens nicht Ziel und Maßstab sein⁵⁾; daraus folgt weiter das Fehlen rechtlicher Sanktionen bei einer Verletzung der Gemeinwohlbindung.⁶⁾

1) Vgl. Schmidt, Großkomm. Anm. 11 zu § 70 AktG; Würdinger S. 132; Mestmäcker S. 37; Wieethölter S. 10; Westermann S. 263 ff.

2) Oben S. 22 ff.

3) Westermann, S. 260 ff., weist nach, daß die in § 70 Abs. 1 AktG ausgesprochene Verpflichtung zur Berücksichtigung des Gemeinwohls die Aktiengesellschaft und den Vorstand nur als deren Organ betrifft, da eine lediglich auf den Vorstand sich beziehende Verpflichtung diesen zu einer Art "Interessenausgleichsstelle" zwischen Aktiengesellschaft und Allgemeinheit machen würde mit der Folge, daß der Vorstand mehr Pflichten als die Aktiengesellschaft hätte, was zum Direktionsprinzip (Abhängigkeit des Vorstandes vom Staat) führen würde.

Aktiengesellschaft und Vorstand können also, wie es § 70 Abs.1 AktG auch sprachlich zum Ausdruck bringt, das Gemeinwohl nur "berücksichtigen", nicht jedoch als Ziel und Maßstab ihrer Tätigkeit zugrundelegen, eben weil dies nicht die Aufgabe einer Aktiengesellschaft ist, die ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen betreibt.

Die daraus folgende Unbestimmtheit der Gemeinwohlverpflichtung nimmt dieser ihre rechtliche Bedeutung aber nur insoweit, als man damit die Unmöglichkeit einer positiven Inhaltsbestimmung meint. Im übrigen ist diese Verpflichtung durchaus rechtlich erheblich, und zwar gerade für die hier zu untersuchende Frage, ob die Berücksichtigung öffentlicher Interessen, die zu einer Abschwächung des Gewinnprinzips führt, satzungswidrig ist. § 70 Abs.1 AktG zeigt nämlich, daß die Berücksichtigung allgemeiner Belange durch den für die Aktiengesellschaft handelnden Vorstand grundsätzlich nicht rechtswidrig sein kann, da dem Vorstand diese Rücksichtnahme durch das Gesetz ausdrücklich aufgegeben ist. Denn unbeschadet der mangelnden rechtlichen Bestimmtheit der Verpflichtung kann der Vorstand diese doch als soziale Verpflichtung der Aktiengesellschaft in eigener Verantwortung erfüllen, und dies er-

noch Seite 41

- 4) Der Unterschied soll bei der Darstellung der Eigenart gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften noch präzisiert werden, vgl. unten III.
- 5) Westermann S.264.
- 6) Westermann S.264 f.
- 1) Vgl. oben S.41 Anm.3.

kennt § 70 Abs. 1 AktG eben als rechtmäßig an. Entsprechend ist die in § 84 AktG normierte Sorgfaltspflicht des Vorstandes zu interpretieren: dieser darf - unter pflichtgemäßer Abwägung aller Umstände - mit Rücksicht auf das Gemeinwohl auch solche Maßnahmen treffen, die möglicherweise zu einer finanziellen Einbuße für die Aktiengesellschaft führen.¹⁾

Unter dogmatischen Gesichtspunkten ergibt sich somit, daß öffentliche Interessen auch in den Aktiengesellschaften, die erwerbswirtschaftliche Unternehmen betreiben, grundsätzlich rechtlich dadurch anerkannt sind, daß ihre Berücksichtigung als sozialetische Verpflichtung in § 70 Abs. 1 AktG gefordert wird, auch wenn damit ein teilweiser Verzicht auf die Erzielung größtmöglichen Gewinnes verbunden ist. Dabei ist zu beachten, daß die Pflicht zur Berücksichtigung des Gemeinwohls die Aktiengesellschaft als einheitlichen Verband und damit grundsätzlich alle Gesellschaftsorgane trifft, auch wenn sie das Gesetz ausdrücklich nur als Verpflichtung des Vorstandes normiert hat.²⁾

Zur Ergänzung soll im folgenden dem Verhältnis von Aktiengesellschaft und Gemeinwohl noch unter historischem Aspekt nachgegangen werden.

3. Historische Betrachtung.

Die Aktiengesellschaft ist in Deutschland erstmals in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts umfassend und mit allgemeiner Geltung kodifiziert

1) So besonders deutlich Westermann S.266 ff.; vgl. ferner Wiethölter S.10, der das Gemeinwohl - etwas abwertend - als "Schutzschild für die Verwaltung" bezeichnet.

2) Vgl. oben S.41 Anm.3.

worden.¹⁾ Es war die Zeit, in welcher der Liberalismus, zumal der wirtschaftliche Liberalismus, als Geistesströmung vorherrschte.²⁾ Die Freiheitsforderungen für den Einzelnen als wirtschaftendes Individuum fanden ihren gesetzlichen Niederschlag in der Gewerbeordnung von 1869,³⁾ die in § 1 die allgemeine Gewerbefreiheit proklamierte, und in der Aktiennovelle von 1870,⁴⁾ welche die in Art. 208 Abs. 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches⁵⁾ statuierte staatliche Genehmigungspflicht für die Errichtung von Aktiengesellschaften aufhob.

Der wirtschaftliche Liberalismus setzte sich nicht nur im Bereich der Gesetzgebung durch; er prägte mit der allgemeinen Wirtschaftsgesinnung auch das Verständnis der Aktiengesellschaft und ihres Verhältnisses zum Gemeinwohl.

Die liberalistische Wirtschaftsauffassung stellte die wirtschaftenden Individuen unverbunden nebeneinander. Jeder sollte tun und lassen können, was ihm beliebte, wenn er nur nicht in die Rechte anderer eingriffe.

1) Das Preußische Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3.11.1838 (GS. S. 505) und das Preußische Gesetz über die Aktiengesellschaften vom 9.11.1843 (GS. S. 341) waren nur Rahmengesetze und enthielten noch keine Regelung der inneren Organisation der Aktiengesellschaft; dies trifft erst für die folgenden Kodifikationen zu: das ADHGB von 1861 (Text in GS. S. 480, 523 ff.), das Gesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 11.6.1870 (BGBl. des Norddeutschen Bundes S. 375) und vom 18.6.1884 (RGBl. S. 123) und das HGB vom 10.5.1897 (RGBl. S. 219).

2) Bauer Sp. 371; Netter S. 531.

3) BGBl. des Norddeutschen Bundes S. 245.

4) vgl. Anm. 1.

5) vgl. Anm. 1.

In der unbedingten Freiheit sah man die Gewähr für höchstmögliche Produktivität in der Volkswirtschaft.¹⁾ Das individuelle Gewinnstreben als Motor allen Wirtschaftens führt nach dieser Auffassung durch freie Konkurrenz zu einem Ausleseprozeß der "ökonomisch Besten"²⁾ und zu einer natürlichen Ordnung. Indem jeder konsequent seine eigenen Interessen verfolgt, trägt er auf die beste Weise zum Wohl der Gesamtheit bei. Es ist dies der Glaube an eine "prästabilierte Harmonie" zwischen privatem Vorteil und allgemeinem Besten.³⁾

Das Gemeinwohl bedurfte keiner besonderen Förderung. Die automatische Verknüpfung zwischen privatem und öffentlichen Interesse machte seine Sicherung durch rechtliche Bindung der Privatinteressen überflüssig.

Diese Auffassung legte es auch nahe, in dem ökonomischen Prinzip der Gewinnerzielung zugleich ein wesentliches rechtliches Moment gerade der kapitalistisch strukturierten Aktiengesellschaft zu sehen.

Die Wirtschaftswissenschaft selbst hat sich in den letzten Jahrzehnten von diesen alten liberalistischen Vorstellungen über die Stellung des Einzelnen im Wirtschaftsleben gelöst. Die offene Abkehr von den liberalistischen Ideen setzte mit dem Ende des ersten Weltkrieges ein.⁴⁾ Im Krieg hatte sich die Wirtschaft erstmals massive Eingriffe des Staates zugunsten der Allgemeinheit

1) Bauer Sp.376.

2) Der Einfluß darwinistischer Ideen ist unverkennbar, vgl. Keynes S.11 f.

3) Keynes S. 9 ff.; Bauer Sp.376 f.

4) Strauss S.13; Knur Sp.198.

gefallen lassen müssen.¹⁾ Keynes verkündete im Jahre 1926 das "Ende des Laissez-faire".²⁾ Das liberale Gedankengut wurde und wird gegen die neuen Strömungen zwar durch die sogenannten Neoliberalisten wissenschaftlich verteidigt³⁾, aber es scheint sich mehr um ein Rückzugsgefecht zu handeln. So kann von Nell-Breuning heute angesichts der Konzentrationerscheinungen in der Wirtschaft feststellen, die Welt der atomistischen Konkurrenz sei "schon längst zur Idylle geworden" und nur noch als Denkmodell brauchbar.⁴⁾

Allerdings wäre die Abkehr von den liberalistischen Vorstellungen hier ohne wesentliche Bedeutung, wenn sie nur die Tatsache der sich stetig verdichtenden wirtschaftlichen Interdependenzen, insbesondere im industriellen Bereich, zum Ausdruck gebracht hätte. Das Entscheidende an der skizzierten Entwicklung ist, daß der Änderung der wirtschaftlichen Gegebenheiten auch ein Wandel der Wirtschaftsgesinnung entspricht. Dieser Wandel ist heute wohl unbestritten.⁵⁾ Er kommt u.a.

1) Vgl. oben S.13 f.

2) Vgl. die gleichnamige Schrift, passim.

3) Z.B. durch von Mises S.596 ff.

4) von Nell-Breuning, Konzentrationsprobleme S.1705.

5) So stellten ihn die Mitglieder des Ausschusses I der Studienkommission des Deutschen Juristentages einmütig fest (S.23); entsprechend Schmidt, Großkomm. Anm.11 zu § 70 AktG. Geiler, GruchBeitr. 68 S.609 ff. spricht schon im Jahre 1927 von einer zunehmenden sozialrechtlichen Gebundenheit des Menschen auf allen Rechtsgebieten. Speziell für das Aktienrecht vgl. Netter S.537 f.

darin zum Ausdruck, daß allgemein eine soziale Verantwortung des privaten Unternehmers anerkannt wird¹⁾, ja, daß man sogar von einer "öffentlichen Funktion" des privaten Unternehmers schlechthin spricht.²⁾

Für die Aktiengesellschaft wird dies noch besonders betont. Vor allem die Großunternehmen³⁾, die ja ausschließlich von Aktiengesellschaften betrieben werden, sieht man seit Rathenaus berühmter Schrift "Vom Aktienwesen"⁴⁾ mehr und mehr als öffentlichen Interessen dienstbare Institutionen an.⁵⁾ Rathenau selbst verzeichnete allerdings die Idee einer gemeinwirtschaftlichen Bindung der Aktiengesellschaft als Großunternehmers (d.h. als - juristischer - Person) durch die Betonung einer gesamtwirtschaftlichen Bedeutung des Großunternehmens (als Gegenstandes⁶⁾) und durch die antithetische Gegenüberstellung von Großunternehmen und Aktionären. Das führte zur Lehre vom "Unternehmen an sich", die in den zwanziger Jahren als Rechtfertigung eines Verwaltungsabsolutismus gegenüber den Aktionären diente⁷⁾, die heute jedoch überwiegend abgelehnt wird.⁸⁾ Hier gilt es nur, die Grundidee einer gemeinwirtschaftlichen Bindung des Großunternehmers festzuhalten.

1) Reinhardt, Unternehmensformen S.B 25; Ballerstedt DÖV 1951, 451.

2) Hellwig S.22 f.

3) Richtiger wäre: Großunternehmer, vgl. den folgenden Text.

4) Vgl. dort bes.S.38 f.

5) Haussmann, Aktienwesen S. 42; Würdinger S.8 f.

6) Zum Unternehmen als Rechtsgegenstand vgl. Brecher S.105 ff.; Ballerstedt JZ 1951, 486 ff.; Rittner, Unternehmen und freier Beruf S.15 ff.

7) Vgl. dazu Hachenburg, Einleitung Anm.13 ff S.15 ff.; von Nell-Breuning, Aktienreform und Moral, passim.

8) Vgl. etwa Mestmäcker S.14 f.; Wiethölter S.38 ff. mit weiteren Nachweisen; Rittner, Unternehmen und freier Beruf S. 17, bezeichnet den Begriff

Zusammenfassend wird man - wenn auch notwendigerweise vergrößernd - sagen können, daß die heutige Rechtsanschauung dem Unternehmer und damit auch der hier interessierenden Aktiengesellschaft nicht mehr "unbedingte Freiheit" und "Willkür"¹⁾ bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung zuerkennt, sondern daß das private (Gewinn-)Interesse grundsätzlich einer immanenten Bindung an das Gemeinwohl unterliegt.²⁾

III. Eigenart der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.

Wenn wir nunmehr auf die oben³⁾ wiedergegebene These zurückkommen, daß die Geltendmachung öffentlicher Interessen durch öffentliche Körperschaften einen "Fremdkörper" in der Organisation der Aktiengesellschaft darstelle, so ist zu fragen: Was bedeutet es in diesem Zusammenhang, daß das Aktienrecht die Berücksichtigung des Gemeinwohls durch die Aktiengesellschaft fördert und anerkennt, und daß damit auch die Gewinninteressen der Aktionäre nicht als unbedingt vorrangig zu bewerten sind?

noch Seite 47

8) "Unternehmen an sich" wegen des völligen Absehens vom Unternehmer als "Unbegriff".- Der Begriff findet sich bei Rathenau selbst nicht; Haussmann, Aktienwesen, bes. S.41 f., hat ihn in der Auseinandersetzung mit Rathenau geprägt. Vgl. insbes. auch Netter, Zur aktienrechtlichen Theorie des "Unternehmens an sich", passim.

1) Vgl. oben S.45.

2) So bes. deutlich Reinhardt, Privates Unternehmen S.443 f.- Diese Änderung der Rechtsanschauung dürfte auch damit zusammenhängen, daß Staat und Gesellschaft heute nicht mehr wie in der liberalistischen Epoche getrennt gesehen werden können (vgl. dazu Ehmke, Staat und Gesellschaft, passim, Wirtschaft und Verfassung S.5 ff., 55;

Darf man daraus folgern, daß auch die Beteiligung und Einflußnahme eines Gemeinwesens zwecks Geltendmachung öffentlicher Interessen in gleicher Weise aktienrechtlich anerkannt und zulässig sei?

Das Aktienrecht kennt keine Sonderbestimmungen für öffentliche Körperschaften und deren Interessenvertreter in Aufsichtsrat und Vorstand.¹⁾ Es berechtigt und verpflichtet diese in gleicher Weise wie Privatpersonen.²⁾ Daher ist ein Vorstandsmitglied, das Interessenvertreter des beteiligten Gemeinwesens ist, berechtigt, öffentliche Interessen bei seiner Geschäftsführung so weit zu berücksichtigen, wie ihm dies nach pflichtgemäßem Ermessen mit Unternehmensgegenstand und Gewinnprinzip vereinbar erscheint.³⁾ Die Berücksichtigung des Gemeinwohls darf also nie dazu führen, daß das von der Normkraft der Satzung erfaßte Gewinnprinzip⁴⁾ ohne Satzungsänderung verlassen wird.⁵⁾ Ähnliches wird für die die öffentlichen Interessen vertretenden Aufsichtsratsmitglieder und die Verwaltungsorgane, welche die öffentliche Körperschaft in der Hauptversammlung vertreten, zu gelten haben.⁶⁾

noch Seite 48

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht S.3 f.); wenn die Gesellschaft, zu der als wesentlicher Teil ja die Wirtschaft gehört, nicht mehr ein vom staatlichen Leben abgekapseltes "Eigenleben" führen kann, dann darf sie auch nicht mehr "unpolitisch" handeln; d.h. sie trägt eine politische - Verantwortungs für das Gemeinwohl. Man wird dabei allerdings stets die primär politische Natur dieser Verantwortung im Auge behalten und sie nicht mit einer rechtlichen Verpflichtung gleichsetzen dürfen, wengleich gerade § 70 Abs. 1 AktG zeigt, daß auch insofern eine eindeutige Unterscheidung kaum möglich ist.

3) S.36 f.

Rein aktienrechtlich gesehen scheint es also zunächst, als könne die Geltendmachung öffentlicher Interessen innerhalb einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft wegen der bestehenden aktienrechtlichen Beschränkung der Gewinninteressen kein "Fremdkörper" im System der Aktiengesellschaft sein.

Dabei darf nun aber der erhebliche Unterschied zwischen Geltendmachung öffentlicher Interessen durch die öffentliche Hand und ihre Interessenvertreter einerseits und bloßer Berücksichtigung des Gemeinwohls im Sinne des § 70 Abs. 1 AktG andererseits nicht übersehen werden. Die öffentliche Hand und ihre Vertreter müssen kraft der primären Aufgabe eines Gemeinwesens, das Gemeinwohl zu fördern,¹⁾ auch in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft stets in erster Linie auf die Erfüllung dieser positiven Gemeinwohlverpflichtung bedacht sein. Als Organmitglieder einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft haben sie dagegen vor allem auf die bestmögliche Erfüllung der der Aktiengesellschaft gestellten unternehmerischen Aufgabe zu achten und die Belange des gemeinen Wohles dabei nur mitzuberücksichtigen. Der Unter-

noch Seite 49

- 1) Das gilt auch für § 88 AktG, der zwar im Interesse der öffentlichen Hand geschaffen wurde, aber ebenso für private Aktionäre gilt, vgl. hierzu unten S.151,214.
- 2) Vgl. oben S.35.
- 3) Vgl. oben S.42 f. Auf das Problem der Weisungsgebundenheit der Vertreter öffentlicher Interessen wird noch einzugehen sein, vgl. unten S.89 ff.
- 4) Vgl. oben S. 39.
- 5) Auch Haussmann, Aktienwesen S. 39 hält das Verlassen des Gewinnprinzips ohne Satzungsänderung für unzulässig, jedoch mit anderer Begründung.
- 6) Vgl. Näheres unten S.89 ff.
- 1) Vgl. oben S. 28.

schied tritt noch deutlicher hervor, wenn man beachtet, daß die unternehmerische Tätigkeit der Aktiengesellschaft Erfüllung nicht einer rechtlichen Verpflichtung, sondern einer selbstgestellten, frei gewählten Aufgabe ist¹⁾, d.h. daß die unternehmerische Aufgabe nicht normativ, sondern funktional (vom Unternehmen her) gestellt ist²⁾, während die Aufgabe der öffentlichen Verwaltung, das Wohl der Allgemeinheit zu verwirklichen, eben primär rechtsbestimmt ist.³⁾ Das Letztere bedeutet nicht, daß die Beteiligung der öffentlichen Hand rechtlich aufgegebenes Handeln sei⁴⁾, sondern nur, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, wenn sie ausgeübt wird, stets dem Gemeinwohl verpflichtet ist.

Diese Rechtsbestimmtheit wird durch die Vertreter des jeweils beteiligten Gemeinwesens sozusagen in die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft "hineingetragen"; dies hat freilich nicht die Wirkung, daß die Gesellschaft dadurch zu einem Organ der öffentlichen Verwaltung wird⁵⁾, sondern bedeutet, daß für die Vertreter der öffentlichen Körperschaft eine andere, öffentlich-rechtlich bestimmte Gemeinwohlverpflichtung neben die privatrechtliche Bestimmung des § 70 Abs. 1 AktG tritt.

-
- 1) Der Unternehmer betreibt sein Unternehmen ja nicht "auf einen staatlichen Befehl hin, sondern aufgrund der Freiheit, welche die Rechtsordnung (ihm) zu seiner Tätigkeit gewährt", so Rittner, Unternehmen und freier Beruf S. 17.
 - 2) Vgl. Rittner aaO S.16: "Der Unternehmer bekommt seinen Namen von dem Unternehmen: er ist Unternehmer ...,soweit er in seinem Unternehmen tätig wird."
 - 3) Vgl. oben S.28.
 - 4) Worüber bekanntlich teilweise Streit besteht, vgl. oben S.30 ff.
 - 5) Siehe oben S.34.

Die rechtliche Andersartigkeit wird dort besonders sinnfällig, wo der Aufgabenbereich des beteiligten Gemeinwesens über den Unternehmensbereich der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft weit hinausreicht, wie in der Regel bei staatlicher Beteiligung. Der Öffentlichkeitsbereich, aus dem heraus die staatliche Aufgabe der Gemeinwohlförderung erwächst, ist meist nicht nur räumlich, sondern vor allem sachlich komplexer als der Öffentlichkeitsbereich der unternehmerischen Betätigung einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft. Zum Beispiel betrifft die staatliche Konjunktur- und Preispolitik den gesamten Bereich der Volkswirtschaft; die Preiserhöhung eines gesamtwirtschaftlich wichtigen Unternehmens, an dem der Staat beteiligt ist, kann zwar - negative - Auswirkungen auf die vom Staat angestrebte Stabilität der Konjunktur und des Preisgefüges und damit auch Rückwirkungen auf das Unternehmen haben, bezieht sich für dieses aber unmittelbar nur auf den eigenen Unternehmensbereich mit seinem Kundenstamm etc..¹⁾ Dagegen treten bei der Beteiligung von Gemeinden an gemischtwirtschaftlichen Versorgungsunternehmen die beiden Öffentlichkeitsbereiche weniger deutlich auseinander, da die Versorgungsinteressen der Gemeinden primär

1) Hierbei ist an die Preiserhöhung für Volkswagen im Frühjahr 1962 gedacht, vgl. oben S. 6. Interessant ist dabei, daß die staatliche Einflußnahme nicht über die Vertreter des Staates im Aufsichtsrat, sondern "von außen" direkt auf den Vorstandsvorsitzer erfolgte. Möglicherweise war hierfür die Erkenntnis maßgebend, daß die gesellschaftsrechtliche Gemeinwohlklausel des § 70 Abs. 1 AktG einen gesellschaftsrechtlichen Einfluß nicht gerechtfertigt hätte, eben weil das öffentliche Interesse in diesem Fall zu weit über den Eigenbereich des Volkswagenwerkes hinausreichte.

auf den Unternehmensbereich der jeweiligen Gesellschaft abzielen.

Überhaupt wird man die skizzierte rechtliche Verschiedenheit der öffentlichrechtlichen Gemeinwohlverpflichtung und der privatrechtlichen Gemeinwohlbindung des § 70 Abs. 1 AktG in ihren rechtstatsächlichen Auswirkungen nicht in dem Sinne überschätzen dürfen, als werde in jeder gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ein ständiger Kampf um den Vorrang des Gemeinwohls vor den erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftsinteressen und umgekehrt ausgetragen. Einmal haben die Vertreter der öffentlichen Körperschaften, da diese als Aktionäre ja stets auch erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgen¹⁾, von vornherein bereits die erwerbswirtschaftlichen und die Gemeinwohl-Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen, soweit sie sich widersprechen, und sodann haben sie die gleiche Abwägung auch unter dem Gesichtspunkt der Verträglichkeit der Gemeinwohlberücksichtigung mit den Gesellschaftsinteressen vorzunehmen. Es wird daher nur in Ausnahmefällen zu einem offenen Konflikt zwischen öffentlichen und privaten Beteiligten kommen.

Als Beispiel für einen solchen Konflikt sei auf den Streit über die im Jahre 1960 vorgenommene Dividendenkürzung bei der gemischtwirtschaftlichen Hamburgische Electricitätswerke AG hingewiesen. Der Hamburgische Staat als Großaktionär setzte sie gegen den Widerstand der privaten Kleinaktionäre durch, um eine offenbar unvermeidliche Tarifierhöhung durch gleichzeitige Verminderung der Gewinnausschüttung populärer zu machen.²⁾

1) Vgl. oben S.20 und 22.

2) Vgl. die Berichte in Der Volkswirt 1960, 7⁴ und 1429.

Obwohl also das angedeutete, durch die Beteiligung und Einflußnahme öffentlicher Körperschaften entstehende rechtliche Spannungsverhältnis rechtstat-sächlich nur selten in Erscheinung tritt, bleibt es als rechtliches Problem doch stets sichtbar; es konkretisiert sich in der Person der jeweiligen öffentlichen Interessevertreter und kann für diese zum Pflichtenkonflikt werden¹⁾, da ihnen die Wahrung des Gemeinwohls einmal als primäre öffentlichrechtliche Verpflichtung und zum andern nur als immanente privatrechtliche Bindung bei der unternehmerischen Tätigkeit der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft obliegt. In diesem stets vorhandenen Spannungsverhältnis der Rechtspflichten wird man eine rechtliche Eigenart der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu sehen haben, und insofern mag es auch gerechtfertigt sein, die Beteiligung und Einflußnahme der öffentlichen Hand einen "Fremdkörper" innerhalb der Aktiengesellschaft zu nennen. Dagegen rechtfertigen der latent vorhandene Interessengegensatz zwischen Gemeinwohl- und Gewinninteressen und die damit verbundene Möglichkeit einer Abschwächung des Gewinnprinzips als bloß tatsächliche Folgen der öffentlichen Beteiligung noch nicht, von einer rechtlichen Eigenart der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft zu sprechen.-

Es dürfte nun angesichts der weitgehenden Unbestimmtheit des Gemeinwohlbegriffs nur sehr schwer möglich sein, das skizzierte Rechtsproblem systematisch weiter zu vertiefen als bis zu dem Grundsatz, daß die Wahrung des Gemeinwohls durch die Vertreter der öffentlichen Interessen ihre Grenze dort finden muß, wo die Gesellschaftsinteressen

1) Vgl. hierzu unten S. 89 ff.

verletzt werden.¹⁾ Aber rechtlich bedeutsam ist nicht nur die Tatsache, daß sich öffentliche Körperschaften an Aktiengesellschaften beteiligen und öffentliche Interessen geltend machen, sondern auch, wie sie Einfluß nehmen und insbesondere wie diese Einflußnahme aktienrechtlich zu bewerten ist. Die allgemeine öffentliche Aufgabenstellung eines Gemeinwesens hat für die Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften zur Folge, daß das Gemeinwesen stets besonders auf eine Sicherung seiner Einflußmöglichkeiten achten muß, um die erstrebten Beteiligungsziele zu erreichen; § 48 Abs. 2 RHO und § 60 Abs. 2 RWB sind haushaltsrechtliche Ausprägungen dieses Grundsatzes.

Die Wichtigkeit der Einflußmöglichkeiten für die jeweils beteiligte öffentliche Hand hat zwar nicht in jeder einzelnen gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft, aber doch im allgemeinen Abweichungen von der Funktionsweise einer "normalen" Aktiengesellschaft zur Folge. Die Besonderheiten der Organisation einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft führen zu der Frage nach der Vereinbarkeit mit den allgemeinen Regeln des Aktienrechts. Insofern ist eine weitere rechtliche Eigenart der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft gegeben. Sie erscheint einmal praktisch bedeutsamer als die nur ausnahmsweise in Erscheinung tretende rechtliche Verschiedenheit der Gemeinwohlverpflichtungen. Vor allem aber dürfte sie für das Aktienrecht dogmatisch fruchtbarer sein. In diesem letzteren Sinne kann die folgende Untersuchung der einzelnen Einflußmöglichkeiten ein Beitrag zur Lehre von der Aktiengesellschaft sein.

1) Vgl. auch unten S. 92 ff.

H a u p t t e i l

Möglichkeiten der öffentlichen Einflußnahme.

Die Aktiengesellschaft handelt durch ihre Organe. Eine gesellschaftsrechtliche Einflußnahme auf die Aktiengesellschaft ist daher nur durch Beeinflussung der Gesellschaftsorgane Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, genauer: der in diesen Organen tätigen physischen Personen, möglich. Dies kann geschehen durch Einwirkung auf die personelle Besetzung der Vorstands- und Aufsichtsratsposten, durch unmittelbare Regelung oder Beschränkung der Tätigkeit der Organmitglieder und durch Regelung der organisatorischen Verhältnisse innerhalb der einzelnen Organe.

Derartige besondere Ausgestaltungen der aktien-gesellschaftlichen Organisation können vor allem durch Beschlüsse der einzelnen Gesellschaftsorgane erreicht werden. Die Beeinflussung der Abstimmungen durch rechtliche Bindung der abstimmenden Personen ist daher besonders wichtig; sie ist insbesondere über die Gestaltung der Satzung (die freilich auch wieder Gegenstand von Hauptversammlungsbeschlüssen sein kann) sowie durch vertragliche Bindungen verschiedener Art möglich. Deshalb sollen zunächst die allgemeine Bedeutung der Satzung und die verschiedenen Möglichkeiten der Vertragsgestaltung gesondert betrachtet werden; dabei ergeben sich freilich Überschneidungen mit den anschließenden Untersuchungen der Einflußmög-

lichkeiten innerhalb der einzelnen Organe; aber die vorweg behandelten Fragen sind teils von allgemeiner Bedeutung für den Einfluß in allen Gesellschaftsorganen (so die mit der Satzung zusammenhängenden Probleme), teils sind sie besonders wichtig für die Einflußnahme der öffentlichen Hand (so z.B. die Konzessions- und Stimmbindungsverträge); daher kann jener Nachteil der Überschneidung wohl in Kauf genommen werden.

Die Unterschiede zwischen dem Recht des Handelsgesetzbuches von 1897 und dem geltenden Aktiengesetz von 1937 sollen jeweils kurz benannt werden, soweit sie in unserem Zusammenhang erheblich sind. Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft ist ja erstmals unter der Geltung des HGB in Erscheinung getreten; auch befassen sich die meisten einschlägigen rechtswissenschaftlichen Arbeiten mit dem Recht des HGB; vor allem aber erscheinen die jeweiligen Unterschiede dogmatisch interessant. Auf die vom Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes im Jahre 1960 vorgeschlagenen Bestimmungen wird bei der Betrachtung des jeweiligen Ergebnisses kurz hingewiesen.¹⁾

Die folgende Darstellung der zahlreichen Einflußmöglichkeiten der öffentlichen Hand kann selbstverständlich nicht bedeuten, daß die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten Gemeinwesen sich möglichst viele dieser Einflußrechte sichern sollten; die Frage, wann Einflußnahme erforderlich ist, kann wohl nur im Einzelfall entschieden werden. Andererseits sollten die einzelnen Einflußmöglichkeiten nicht isoliert, sondern stets unter dem Gesichtspunkt ihrer gegenseitigen Ergänzung gesehen werden.

1) Der Referentenentwurf von 1958 kann wohl als durch den Regierungsentwurf ersetzt angesehen werden.

3. Kapitel: Satzung und Verträge als Mittel der
Einflußnahme.

§ 5 Die Gesellschaftssatzung.

In der Satzung werden Firma und Sitz der Aktiengesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals usw. (vgl. § 16 Abs. 3 AktG), vor allem aber die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane und der Aktionäre festgelegt. Durch die Satzung wird also die einzelne Aktiengesellschaft gegenüber anderen Aktiengesellschaften individualisiert.¹⁾ Daraus folgt die grundlegende Bedeutung der Gesellschaftssatzung sowohl für die Aktiengesellschaft selbst als auch für die Einflußnahme der beteiligten Gemeinwesen. Hier soll nun allerdings nicht untersucht werden, welche Möglichkeiten für die öffentliche Hand bestehen, den Inhalt der Satzung bei der Gründung und später bei satzungsändernden Hauptversammlungsbeschlüssen zu beeinflussen²⁾, sondern es soll danach gefragt werden, inwieweit grundsätzlich die Verhältnisse der einzelnen Aktiengesellschaft individuell gestaltet werden können. Das ist eine Frage des Verhältnisses von Satzungsrecht zum Recht des Aktiengesetzes. Sie ist hier dahin zu stellen: Dürfen in der Satzung die Gesellschaftsverhältnisse abweichend vom Gesetz oder nur in Ergänzung des Gesetzes geregelt werden?

1) Würdinger S. 30.

2) Vgl. hierzu unten im 6. Kapitel, S. 187 ff.

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage muß die rechtliche Funktion der Satzung sein.

Das Gesetz erkennt den Aktionären das Recht zum autonomen gesellschaftlichen Zusammenschluß zu.¹⁾ Der Staat hat bei der Gesellschaftsbildung nur eine Kontrollfunktion. Allerdings bestehen zum Schutz des Publikums und der Gläubiger gewisse zwingende Vorschriften, die aus diesem Grund privatautonomer Gestaltung entzogen sind. Das gleiche gilt, wie § 195 Nr.3 AktG erkennen läßt, für alle diejenigen Bestimmungen, die das "Wesen" der Aktiengesellschaft betreffen oder im öffentlichen Interesse erlassen sind. Hierher gehören auch die Vorschriften über das Vorhandensein der im Gesetz genannten Gesellschaftsorgane und über die Abgrenzung ihrer Befugnisse.²⁾

In der Gestaltung der Satzung findet nun der verbandsautonome Wille der Gründer oder der Aktionäre seine Verwirklichung. Aus dem Grundsatz der Verbandsautonomie folgt, daß in der Satzung die gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse bis zur Grenze zwingender gesetzlicher Vorschriften individuell geregelt werden können.

Dies bedeutet für die Frage, ob durch die Satzung gesetzliche Vorschriften geändert oder ergänzt werden dürfen: eine anderweitige Regelung ist nicht nur in den zahlreichen Fällen zulässig, in denen das Gesetz dies ausdrücklich freistellt,³⁾

1) Vgl. oben S.38 f.

2) Würdinger S.37; Schilling, Großkomm. Anm.18 zu § 195 AktG.

3) Vgl. die Zusammenstellung dieser Vorschriften bei Würdinger S.37.

sondern auch dort, wo das Gesetz schweigt und eine zwingende Bestimmung oder ein wesentlicher Grundsatz des Aktienrechts nicht entgegenstehen.¹⁾

Das Reichsgericht hatte allerdings in RGZ 49, 77 (80) und 65, 91 (92) angenommen, der Gesellschaftsvertrag könne abändernde oder ergänzende Bestimmungen nur insoweit aufstellen, als das Gesetz dies ausdrücklich vorsehe. Zur Begründung hatte es ausgeführt, das HGB habe für die Aktiengesellschaft nicht an erster Stelle den Gesellschaftsvertrag für maßgebend erklärt, wie dies grundsätzlich für die Offene Handelsgesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft gelte. In RGZ 120, 177 (180) bejahte das Reichsgericht dann, ohne insoweit auf seine früheren Entscheidungen einzugehen, die Zulässigkeit der Satzungsgestaltung in Ergänzung des Gesetzes; allerdings hat es die Frage dabei nicht ausdrücklich, sondern nur stillschweigend im Rahmen des zu beurteilenden Falles entschieden.²⁾

Hiervon abgesehen erscheint die Begründung der beiden zuerst genannten Entscheidungen des Reichsgerichtes nicht zutreffend. Das Reichsgericht dürfte übersehen haben, daß die Satzung der Aktiengesellschaft und der Gesellschaftsvertrag der übrigen genannten Gesellschaftsarten Ausprägungen ein und desselben Rechtsgrundsatzes sind: der

1) Pinner S.307 ff.; Fischer, Großkomm.Anm.18 zu § 16 AktG; Möhring - Schwartz S.5; Ritter,Vorbem. 3 vor § 1 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.27 zu § 16 AktG; Schmidt,Satzungen S.7.

2) Deshalb kann nicht gesagt werden, das RG habe in dieser Entscheidung "eindeutig erklärt, daß eine Ausgestaltung des Gesetzes durch die Satzung zulässig sei", so aber Pinner S.308.

Privatautonomie. Sie kommt im Recht der Personalgesellschaften als Vertragsfreiheit, im Recht der Kapitalgesellschaften als Verbandsautonomie zum Ausdruck.¹⁾ Im Aktienrecht ist diese Autonomie, wie bereits ausgeführt, durch zwingende Normativbestimmungen eingeschränkt.²⁾ In deren Rahmen darf sich die Verbandsautonomie aber frei entfalten.

Für die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften ist dieses Ergebnis bedeutsam: sie haben, entsprechende Mehrheitsverhältnisse vorausgesetzt, die Möglichkeit, mit Hilfe von Satzungsbestimmungen die gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse bis zur Grenze zwingender aktienrechtlicher Bestimmungen differenziert auszugestalten und den Erfordernissen des einzelnen Falles anzupassen.

§ 6 Verträge.

Als Mittel der Einflußnahme spielt neben der Satzung der Vertrag eine große Rolle. Einflußsichernde Satzungsbestimmungen sind oft nur zu erreichen, wenn die öffentlichen Körperschaften die Mehrheit der Aktien übernehmen, was sie nicht immer wollen³⁾ und können. Verträge haben gegenüber Satzungsbestimmungen außerdem den Vorteil, daß sie nicht für alle an der Aktiengesellschaft Beteiligten zu gelten brauchen und daher individuell gestaltet werden können. Die

1) Vgl. Ballerstedt, Unternehmenskonzentration S.875.

2) Pinner S. 308.

3) Hachenburg, Einleitung Anm.9 S.12.

Vertragsdauer hängt vom Willen der Vertragsschließenden allein ab, während eine Satzungsbestimmung zu ihrer Aufhebung eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses der Hauptversammlung bedarf (§§ 145, 146 AktG). Wenn allerdings nur die Satzung in der Lage ist, eine bestimmte Rechtsfolge verbindlich festzulegen, dann dient der Vertrag in erster Linie dazu, entweder eine Satzungsbestimmung herbeizuführen, oder er wird in die Satzung aufgenommen, um die vertragliche Regelung mit Satzungskraft auszustatten.

Im einzelnen ist freilich manches unklar. Um die Vielzahl der Möglichkeiten systematisch zu erfassen, soll zunächst dargestellt werden, mit wem die beteiligte öffentliche Körperschaft einflußsichernde Verträge abschließen kann und welche Vertragsarten dabei typischerweise verwendet werden.

Als Vertragspartner der öffentlichen Körperschaft kommen die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft selbst, andere Aktionäre sowie die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat in Betracht.

Verträge mit Gesellschaftsorganen, welche diese selbst berechtigen und verpflichten sollen, können aus der Betrachtung von vornherein ausscheiden. Würden sich Vorstand, Aufsichtsrat oder Hauptversammlung gegenüber der beteiligten öffentlichen Körperschaft in bezug auf ihre Organtätigkeit vertraglich binden, so wären diese Verträge insoweit unwirksam. Denn Gesellschaftsorgane handeln stets für die Gesellschaft, die ja nur durch sie tätig werden kann; daher ist es mit der Organeigenschaft unvereinbar, daß sich ein Gesellschaftsorgan als solches vertraglich anderen gegenüber verpflichtet. Im übrigen sind Gesellschaftsorgane als solche auch gar nicht rechtsfähig.

I. Verträge zwischen öffentlicher Körperschaft und gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaft.

1. Vertragsarten.

Wenn sich eine öffentliche Körperschaft durch Verträge mit der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft Einflußrechte sichert, so kann es sich dabei um Vereinbarungen handeln, die nichts anderes bezwecken als eben die Einräumung derartiger Rechte. Hierher ist etwa der von Arbenz¹⁾ so genannte Beteiligungsvertrag zu rechnen, in dem die Beteiligung eines Gemeinwesens an einer schon bestehenden Aktiengesellschaft vereinbart wird, wobei dann die mitgliedschaftliche Stellung des öffentlichen Beteiligten ebenfalls im Vertrag besonders geregelt wird.

In den meisten Fällen werden Einflußrechte aber nicht in dieser "reinen" Form vereinbart, sondern werden in Verträge aufgenommen, die primär einem anderen Zweck dienen. Es handelt sich dabei typischerweise um Abmachungen, bei denen die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft auf eine Leistung der öffentlichen Körperschaft angewiesen ist. Die Einflußrechte werden dann als Gegenleistung hierfür und nicht aufgrund der Aktionärstellung des Gemeinwesens gewährt.

Die bekannteste und bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften häufigste Art solcher Verträge ist der Konzessionsvertrag. Das hat seinen Grund darin, daß es sich bei einem großen Teil der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen um Versorgungs- und Verkehrsbetriebe handelt, die für

1) S. 109.

die Verlegung ihrer Kabel, Röhren, Schienen und Oberleitungen auf eine über den Gemeingebruch hinausgehende Sondernutzung der öffentlichen Wege angewiesen sind.¹⁾ Hierfür müssen die betreffenden Unternehmen die Zustimmung des Wegeeigentümers, des Wegeunterhaltungspflichtigen und der Wegeaufsichtsbehörde einholen.²⁾ Als Sammelbegriff für die verschiedenen Gestattungen hat sich der Begriff Konzessionsvertrag eingebürgert.³⁾ Öffentliche Körperschaften sind notwendig als Wegeaufsichtsbehörde und als Träger der Wegebau-last beteiligt; Wegeeigentümer ist regelmäßig ebenfalls ein Gemeinwesen, meist eine Gemeinde. In diesem Falle sind Eigentümer und Unterhaltungspflichtiger oft identisch,⁴⁾ es kommt aber auch vor, daß alle drei Funktionen in der Hand einer öffentlichen Gebietskörperschaft vereinigt sind. Die Möglichkeit, daß mehrere öffentliche Körperschaften am Zustandekommen des Konzessionsvertrages mitwirken, hat zu verschiedenartigen Gestaltungsformen geführt.⁵⁾

Im Regelfall schließt eine Gemeinde als Eigentümerin der öffentlichen Wege den Konzessionsver-

1) Vgl. oben S. 9.

2) Dargestellt bei Huber S. 567 ff., Stern S. 163 ff. Daß die Zustimmung des Wegeeigentümers für eine über den Gemeingebruch hinausgehende Sondernutzung erforderlich ist, wird heute herrschend angenommen (vgl. Huber S. 571, Stern S. 167 ff., Fischerhof S. 309, Maunz S. 334 f.) und kann deshalb den folgenden Ausführungen zugrundegelegt werden.

3) Der Ausdruck wird erstmals von Crome AcP 115 (1917) S. 1 ff. verwendet; vgl. hierzu Stern S. 146. Kritisch gegen die Bezeichnung Konzessionsvertrag z.B. Wagner S. 8 Anm. 6, Fischerhof S. 308 f.

4) Huber S. 568 f.

5) Vgl. Huber S. 568.

trag mit dem Versorgungsunternehmen,¹⁾²⁾ räumt diesem darin das ausschließliche Recht ein, die ihr gehörenden öffentlichen Wege zur Kabellegung etc. zu benutzen und verpflichtet das Unternehmen, seinen Betrieb aufrechtzuerhalten, die Gemeindegewohner an das Versorgungsnetz anzuschließen, eine Konzessionsabgabe zu zahlen u.a.; regelmäßig bedingen sich die Gemeinden auch Aufsichts- und Kontrollrechte hinsichtlich der Betriebsführung sowie Genehmigungsrechte in bezug auf die Verlegung des Leitungsnetzes, die Eröffnung und Veränderung des Betriebes und die Veräußerung und Belastung des Unternehmens aus.³⁾ Dabei handelt es sich um die hier interessierenden Einflußrechte.

Wirksamkeitsvoraussetzung für den Konzessionsvertrag ist die Mitwirkung des Wegeunterhaltungspflichtigen und der Wegeaufsichtsbehörde. Der Träger der Wegebaukosten prüft die Zulässigkeit der vereinbarten Sonderbenutzung öffentlicher Wege unter Gesichtspunkten des Straßenbaues und der Straßenunterhaltung,⁴⁾ die Aufsichtsbehörde vom Standpunkt der Erhaltung des ungestörten Gemeingebrauchs.⁵⁾ Beide erklären ihre Zustimmung

1) Vgl. den bei Stern S.326 ff. als Beispiel abgedruckten Vertrag.

2) Das Versorgungsunternehmen wendet sich natürlicherweise zuerst an den Wegeeigentümer; die Übereinkunft mit diesem über die Wegenutzung ist das Kernstück des Konzessionsvertrages (Maunz S.337); deshalb ist die von Huber S.567 in den Vordergrund gestellte angebliche Verleihung der Wegekonzession durch die Aufsichtsbehörde nicht der für die Wegebenutzung primär konstitutive Akt, sondern als aufsichtsbehördliche Genehmigung des Vertrages mit dem Wegeeigentümer nur ein Akzessorium.

3) Vgl. die Zusammenstellung bei Huber S.574 ff., den Konzessionsvertrag bei Stern S.326 ff. und die Beispiele bei Vogel S.139 f.

zum Konzessionsvertrag in der Regel in Form einer öffentlichrechtlichen Genehmigung¹⁾ unter Bedingungen, die sich aus dem jeweiligen Aufgabenbereich des öffentlichen Funktionsträgers ergeben. Diese Bedingungen sind allerdings meist im Konzessionsvertrag selbst als Vertragsbedingungen vereinbart, da Wegeeigentümer und Unterhaltungspflichtiger oft identisch sind und die öffentlichrechtlichen Belange, die von den Aufsichtsbehörden zu wahren sind, von den Gemeinden bei der Vertragsgestaltung mitberücksichtigt werden.²⁾

Mit den hier zu untersuchenden, im Konzessionsvertrag vereinbarten Einflußrechten sind mehrfach Rechtsprobleme verknüpft, die den Konzessionsvertrag als solchen betreffen. Im Vordergrund steht die Frage nach der Rechtsnatur des Konzessionsvertrages und damit auch der in ihm enthaltenen Einflußrechte: sind sie öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur?

Die Meinungen in der Literatur lassen sich in drei Gruppen scheiden. Die Verfechter des öffentlichrechtlichen Charakters des Konzessionsvertrages legen das Gewicht auf die öffentlichrechtlichen Gestattungen der Wegeaufsichtsbehörde und des Wegeunterhaltungspflichtigen.³⁾ Die Vertreter

noch Seite 65

4) Vgl. Stern S.164 ff.

5) Vgl. Stern S.166 f.

1) Maunz S.337.

2) Vgl. Huber S.572, 574 ff., den Mustervertrag bei Stern S.326 ff. und Stern S.287.

3) So Apelt S.145 ff., Balser S.137 f., Eiser-Riederer-Sieder S.V 37 a, Salzwedel S.50 f.

der privatrechtlichen Meinung gehen von der Einwilligung des Wegeeeigentümers aus und betrachten die Zustimmung der öffentlichrechtlichen Funktionsträger nur als behördliche Genehmigungen eines privatrechtlichen Vertrages, wie sie die Rechtsordnung auch an anderen Stellen kennt.¹⁾ Eine Mittelmeinung vertreten diejenigen Autoren, die es ablehnen, dem öffentlichrechtlichen oder dem privatrechtlichen Element des Vertrages die Hauptbedeutung beizumessen. Sie sehen im Konzessionsvertrag ein aus öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Elementen zusammengesetztes, gemischtes Rechtsverhältnis.²⁾

Um mit der zuletzt genannten Ansicht zu beginnen: man wird zu einer zutreffenden Beurteilung des Konzessionsvertrages nur gelangen können, wenn man die einzelnen Gestaltungen nach den verschiedenen Funktionsträgern trennt, anstatt sie zu vermischen. Ein öffentlichrechtlich und privatrechtlich gemischtes Rechtsverhältnis entsteht nicht schon dadurch, daß auf der einen Seite sowohl öffentlichrechtliche als auch privatrechtliche Funktionen ausübende Gemeinwesen beteiligt sind. Es ist durchaus möglich, daß ein Teil der getroffenen Übereinkünfte rechtlich bestimmend ist, und daß die anderen Teile dem nachgeordnet sind.

1) So Arbenz S.68; Ballerstedt BB 1958, 126 und Energierecht S.12; Crome S.9, 29; Darge-Melchinger-Rumpf S.253; Fischerhof S.309 f.; Henke-Müller-Rumpf S.118 f.; Kormann S.97 f.; List S.87 f.; Maunz S.333 ff.; Nebinger S.156; ferner RGZ 88,14; 91,170; 87,18; 108,204; vgl. auch RGZ 123, 181; 125,108; 131,264.

2) So Huber S.572 f.; Forsthoff, Verwaltungsrecht S.193, 255,346; Stern S.286 ff., 323 ff.

Wenn die öffentlichrechtliche Theorie der öffentlichrechtlichen Sondernutzungsverleihung und der Zustimmung des Wegebaulastträgers das rechtliche Übergewicht zuerkennt, so übersieht sie wohl, daß der Inhalt des Konzessionsvertrages auf der Willensübereinstimmung des öffentlichen Wegeeigentümers mit dem Energieversorgungsunternehmen beruht, d.h. vertraglichen Charakter hat. Zwar findet sich die Rechtsfigur des Vertrages auch im öffentlichen Recht.¹⁾ Aber die betreffenden Gemeinwesen schließen den Konzessionsvertrag nicht in ihrer Funktion als Hoheitsträger, sondern vielmehr als Grundstückseigentümer. Die Energieversorgungsunternehmen sind allein wegen der erforderlichen Benutzung des Grundeigentums der Gemeinwesen gezwungen, mit diesen zu kontrahieren. Insofern unterscheiden sich die Konzessionsverträge nicht von den Verträgen, welche die Versorgungsunternehmen mit privaten Grundstückseigentümern schließen müssen; der Unterschied besteht allein darin, daß sich die Gemeinwesen nicht nur eine Vergütung, sondern auch weitgehende Einflußrechte ausbedingen. In beiden Fällen handelt es sich aber um privatrechtliche Vereinbarungen, die als Wirksamkeitsvoraussetzung bestimmter behördlicher Genehmigungen bedürfen.²⁾ Derartige Genehmigungen kennt die Rechtsordnung allenthalben, ohne daß die vorgeschriebene behördliche Zustimmung den privaten Rechtscharakter des Geschäftes veränderte.³⁾

1) Grundlegend Apelt, Der verwaltungsrechtliche Vertrag, 1920; vgl. neuerdings Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1958.

2) Das hebt Maunz S.337 hervor.

3) Maunz S.337.

Dem könnte allerdings entgegengehalten werden, es handle sich bei den im Konzessionsvertrag vereinbarten Rechten des Gemeinwesens bzw. bei den Pflichten des Versorgungsunternehmens um Bedingungen, die ihrem Wesen nach öffentlichrechtlich seien, vom Wegeeigentümer lediglich mitberücksichtigt und von diesem dann in die Form eines Vertrages gekleidet würden. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß die sogenannten Konzessionsbedingungen im Wege gegenseitigen Gebens und Nehmens ausgehandelt werden.¹⁾ Dies hat seinen Grund nicht nur in einer tatsächlichen Übung der Beteiligten, sondern beruht darauf, daß hier für eine öffentlichrechtliche Anordnung, soweit sie über die wegeaufsichtsrechtlichen und die wegeunterhaltsrechtlichen Gesichtspunkte hinausgeht, keine Rechtsgrundlage gegeben ist.²⁾ Eine öffentlichrechtliche Stellung und demgemäß öffentlichrechtliche Befugnisse können nur durch ausdrücklichen Rechtssatz verliehen werden.³⁾ Es sollte klar herausgestellt und nicht mit der Konstruktion eines gewohnheitsrechtlich anerkannten "dé-tournement de pouvoir" verschleiert werden,⁴⁾

1) Ballerstedt, Energierecht S.12; Stern S.287 ff.

2) Hierauf weist Maunz S.338 Anm.92 beiläufig hin; es dürfte sich dabei aber um ein entscheidendes Argument handeln.

3) Wolff S.208 f.

4) So aber Huber S.566 f., der insoweit ganz auf dem Boden der öffentlichrechtlichen Theorie steht. Die Annahme eines Gewohnheitsrechtes be-
gegnet Bedenken, weil - wie Huber aaO selbst ausführt - die Übung der Verwaltungspraxis, die aus einer Wegekonzession eine Betriebskonzession macht, an sich rechtssatzmäßig nicht gedeckt ist; fortdauernde rechtswidrige Übung, "eingewurzelte Gesetzwidrigkeit" schafft aber nicht Gewohnheitsrecht (Enneccerus-Nipperdoy I. Hbbd. § 39 I 1 S.265). Außerdem kann im öffent-

daß solche rechtssatzmäßigen Ermächtigungen für die einseitige Bestimmung von Konzessionsbedingungen der üblichen Art fehlen, soweit sie über die Erfordernisse der Wegeaufsicht und der Wegeunterhaltung hinausgehen.

Die Kennzeichnung des Konzessionsvertrages als eines privatrechtlichen Vertrages mit öffentlichrechtlichen Genehmigungserfordernissen ergibt eine dogmatisch befriedigendere Lösung: ein Gemeinwesen kann sich als Vertragspartner, der dem anderen Teil ein für diesen besonders wichtiges Recht einräumt, von dem Versorgungsunternehmen beliebig viele Rechte zusichern lassen, sofern die Grenzen der guten Sitten (§ 138 BGB) nicht überschritten werden. Damit ist zugleich ein brauchbares Zulässigkeitskriterium gegeben, das die öffentlichrechtliche Theorie nicht zu bieten vermag, obwohl es angesichts der Monopolstellung der öffentlichen Körperschaften in bezug auf die öffentlichen Wege in besonderer Weise erforderlich ist.

Die Meinung von der öffentlichrechtlichen Natur des Konzessionsvertrages wurzelt letztlich in der Annahme, die Tätigkeit der Versorgungsunternehmen sei als "Daseinsvorsorge" an sich Aufgabe der öffentlichen Hand; wenn sie rechtlich selbständigen Unternehmen überlassen werde, sei deshalb eine weitgehende öffentliche Aufsicht erforderlich. Hierzu biete sich mangels anderer rechtlicher Möglichkeiten die "Verleihung" der Wegekonzession an. Deren Ausgestaltung als Betriebskonzession sei

noch Seite 69

- 4) lichen Recht von einem Rechtswillen der Beteiligten, durch dauernde Übung eine bindende Regel zu verwirklichen (Enneccerus-Nipperdey aaO S.264 ff.) wohl nicht gesprochen werden, da die Sonderstellung der öffentlichen Rechtsträger eine "gemeinsame" Überzeugung und Übung ausschließt.

zwar, wie eben erwähnt, ein "détournement de pouvoir"; dies rechtfertigt sich aber aus der Aufgabe der öffentlichen Hand, die Leistungen der Daseinsvorsorge für die Bevölkerung sicherzustellen.

Gegen eine solche Aufgabenstellung der öffentlichen Hand bestehen jedoch erhebliche Bedenken, die in diesem Rahmen allerdings nicht dargestellt werden können.¹⁾ Es soll hier lediglich bemerkt werden, daß die Annahme einer öffentlichrechtlichen Natur des Konzessionsvertrages auf einer rechtlich keineswegs gesicherten Grundvoraussetzung beruht.

Mit der hier vertretenen privatrechtlichen Ansicht wird die öffentlichrechtliche Verleihung einer Sondernutzung auf ihren wegerechtlichen Gehalt beschränkt und die Einräumung von betrieblichen Überwachungs- und Kontrollrechten als vertragliche Übereinkunft privatrechtlicher Art qualifiziert. Damit ist der Konzessionsvertrag als Mittel privatrechtlicher Einräumung von Einflußrechten auch in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft nachgewiesen.-

Außer in Konzessionsverträgen werden Einflußrechte zugunsten der an einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft beteiligten öffentlichen Körperschaft auch in sogenannten Subventionsverträgen vereinbart. Beim Subventionsvertrag besteht die Leistung des Gemeinwesens in einer Subvention für ein Unternehmen, das in der Regel von privaten Gründern errichtet und später von der Unterstützung durch eine öffentliche Körperschaft abhängig wird, die ihrerseits ein Inter-

1) Vgl. die Literaturangaben oben S.33 Anm.4.

esse am Bestand des betreffenden Werkes und seiner Produktion hat.¹⁾ Die Gegenleistung des subventionierten Unternehmens besteht dann darin, daß es dem Gemeinwesen eine Kapitalbeteiligung einräumt und sich dazu verpflichtet, ihm gewisse Einflußrechte im Vertrag selbst oder in der Satzung zu gewähren.

Beim Subventionsvertrag ergibt sich das gleiche rechtliche Einordnungsproblem wie beim Konzessionsvertrag: ist er dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen?

Die sogenannte Zweistufenlehre²⁾ sieht den Subventionsvertrag als Erfüllung eines zuvor durch öffentlichrechtlichen Akt begründeten öffentlichrechtlichen Subventionsverhältnisses an und rechnet ihn dem Privatrecht zu. Allerdings werden sich die beiden Stufen nicht immer klar voneinander trennen lassen, da gleichartige Bedingungen sowohl in der ersten wie in der zweiten Stufe geregelt werden können.³⁾ Überhaupt ist es zweifelhaft, ob sich öffentlichrechtliches Subventionsverhältnis und privatrechtliche Ausführung unterscheiden lassen;⁴⁾ an sich erscheint eher der Schluß gerechtfertigt, daß alles, was durch Ausführung und Abwicklung mit einem öffentlichen Rechtsverhältnis verbunden ist, wiederum öffentlichrechtlich ist. Der ganze Vorgang kann auch von vornherein durch die Annahme eines öffentlichrechtlichen Vertrages, der Begründung und Abwicklung regelt, dem öffentlichen Recht zugeordnet werden, wenn das Subventionsverhältnis nicht

1) Arbenz S.54.

2) Vgl. Ipsen, Subventionierung S.66 ff., 83 ff.; BVerwG NJW 1955, 437 sowie NJW 1962, 170 (171).

3) Vgl. den vom BVerwG NJW 1962 S.170 entschiedenen Fall; das BVerwG (aaO S.171) hält gleichwohl an der Zweistufenlehre fest.

durch einseitigen hoheitlichen Akt begründet wird.

Es kann hier allerdings nicht unternommen werden, die Unrichtigkeit der Zweistufenlehre nachzuweisen. Nach der bislang herrschenden Meinung sind jedenfalls privatrechtliche Vereinbarungen über die Einräumung von Einflußrechten zugunsten einer subventionierenden öffentlichen Körperschaft möglich.-

Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang noch Pacht- und Erbbauverträge, in denen eine bereits am Unternehmen beteiligte öffentliche Körperschaft Grundstücke zur Verfügung stellt und sich dafür besondere Kontroll- und Mitspracherechte bei der Betriebsführung zusichern läßt.¹⁾

2. Verhältnis zwischen Verträgen mit der Aktiengesellschaft und der Satzung.

Der Vorteil von Satzungsbestimmungen gegenüber Verträgen mit der Aktiengesellschaft besteht in der körperschaftsrechtlichen Wirkung, die den Vorschriften der Satzung in der Regel zukommt. Die Satzung bindet die Gesellschaftsorgane unmittelbar, während ein Vertrag mit der Aktiengesellschaft nur eine schuldrechtliche Verpflichtung der Gesellschaft als einheitlicher juristischer Person bewirkt.

Wenn daher vertragliche Abmachungen mit der Aktiengesellschaft auf eine körperschaftsrechtliche Wirkung der Vertragsklauseln hinzielen, so sind hierfür zwei Möglichkeiten denkbar: entweder verpflichtet sich die Gesellschaft, eine der ver-

noch Seite 72

4) Haas S.307.

1) Beispiel s.unten S.157.

traglichen Vereinbarung entsprechende Bestimmung in die Satzung aufzunehmen, oder der ganze Vertrag wird zum Inhalt der Satzung gemacht.

Für die erste Möglichkeit lautet die genaue rechtliche Fragestellung, da die Satzung nur durch Beschluß der Hauptversammlung und Eintragung in das Handelsregister geändert werden kann (§§ 145 Abs.1, 148 AktG): kann sich eine Aktiengesellschaft einem Aktionär gegenüber wirksam verpflichten, in der Hauptversammlung einen bestimmten Beschluß zu fassen und ihn in das Handelsregister eintragen zu lassen?

Die Beantwortung erfordert zunächst eine weitere Frage: welches Gesellschaftsorgan wäre für den Abschluß eines solchen Vertrages zuständig? Der Abschluß von Verträgen mit Dritten (auch der Aktionär ist insofern Dritter) fällt an sich in die Zuständigkeit des Vorstandes (§§ 70,71 AktG). Diese Befugnis ist jedoch durch die Aufgabenstellung des Vorstandes begrenzt: er soll die für den Betrieb des Unternehmens erforderlichen laufenden Maßnahmen treffen; zu Geschäften, welche sich auf die Grundlagen der Gesellschaft und die Aufgaben anderer Organe beziehen, ist er nicht befugt.¹⁾ Über die Änderung der Satzung beschließt allein die Hauptversammlung (§ 145 Abs. 1 AktG). Daher kann der Vorstand nicht Verträge abschließen, welche die Änderung der Gesellschaftssatzung zum Gegenstand haben. Da jede Überschreitung der sich aus dem Gesetz ergebenden Zuständigkeit der Gesellschaftsorgane rechtsunwirksam ist,²⁾ ist auch ein vom Vorstand abge-

1) Baumbach-Hueck, Übersicht 2 vor § 70 AktG.

2) RGZ 43, 286; 117, 206; Schmidt, Großkomm.Anm. 1 zu § 71 AktG.

geschlossener Vertrag über die Aufnahme gewisser Bestimmungen in die Satzung nichtig.

Auch mit Hilfe des § 103 Abs. 2 AktG läßt sich kein anderes Ergebnis gewinnen. Diese Bestimmung setzt die gesetzliche Zuständigkeit des Vorstandes für Fragen der Geschäftsführung voraus und stellt es dem Vorstand lediglich frei, sich für solche Geschäfte der Zustimmung der Hauptversammlung zu versichern. Da der Vorstand für den Abschluß von Verträgen der gekennzeichneten Art aber nicht zuständig ist, ist für ein Vorgehen nach § 103 Abs. 2 AktG kein Raum.

Die Hauptversammlung selbst kann die in Frage stehenden Verträge ebenfalls nicht abschließen. Ihr steht Vertretungsmacht nach außen nicht zu; diese liegt allein beim Vorstand (§ 71 AktG). Ein von der Hauptversammlung geschlossener Vertrag wäre in gleicher Weise unwirksam wie eine vom Vorstand eingegangene Verpflichtung.

Diese Gründe genügen für sich allein freilich noch nicht, um die Unzulässigkeit jener Verträge nachzuweisen. Wäre eine Verpflichtung der Aktiengesellschaft zur Herbeiführung einer Satzungsänderung an sich zulässig, so müßte auch die Zuständigkeit eines Gesellschaftsorgans für den Abschluß eines solchen Vertrages gegeben sein. Andererseits ist die fehlende Zuständigkeit ein Indiz für die Unzulässigkeit der Verträge.

Es wurde bereits oben¹⁾ darauf hingewiesen, daß sich die Gesellschaftsorgane als solche nicht zu bestimmten Handlungen und Beschlüssen verpflichten können, weil sie in der Erfüllung ihrer Aufgaben nur durch gesetzliche, satzungsmäßige und

1) Vgl. oben S.62.

allgemeinvertragliche Verpflichtungen der Gesellschaft gebunden sein dürften. Gesellschaftsorgane sind nicht eigenständig in dem Sinne, daß sie selbst ihre Organtätigkeit vertraglichen Bindungen unterwerfen könnten. Denn ihre Tätigkeit wird immer und notwendig der Aktiengesellschaft zugerechnet, da diese allein durch ihre Organe handeln kann.¹⁾ Besteht das Wesen der Organeigenschaft im Tätigwerden für die Gesellschaft, so kann kein Gesellschaftsorgan insoweit an den Willen Außenstehender gebunden werden.

Bei der Hauptversammlung tritt dies besonders klar hervor, weil in ihr der autonome, für alle Mitglieder und Organe verbindliche Verbandswille gebildet wird. Das Aktienrecht beruht, wie bereits ausgeführt,²⁾ auf dem Rechtsprinzip der Verbandsautonomie. Dieser Grundsatz würde verletzt werden, wenn die Hauptversammlung als Willensbildungsorgan bezüglich der grundlegenden Gesellschaftsverhältnisse diese nicht autonom bestimmen könnte, sondern dem Willen anderer unterworfen wäre. Die Zulässigkeit von Stimmvereinbarungen der Aktionäre untereinander³⁾ ändert hieran nichts; denn die Bindung des Aktionärs ist nicht gleichbedeutend mit einer Bindung der Hauptversammlung, da die Aktionäre nicht wie die Hauptversammlung Organ der Aktiengesellschaft sind.³⁾ -

Kann die Aktiengesellschaft demnach nicht verpflichtet werden, gewisse Bestimmungen in ihre Satzung aufzunehmen, so bleibt als zweite Möglich-

1) Würdinger S.119.

2) Oben S.38 f., 59.

3) Vgl. unten II.

keit für die Ausstattung von Vertragsklauseln mit körperschaftsrechtlicher Wirkung die Aufnahme des ganzen Vertrages, der zwischen Gemeinwesen und Gesellschaft geschlossen wurde, in die Satzung. Als Beispiel sei folgende Satzungsbestimmung angeführt:

"Die Stadt (Berlin) überträgt der Gesellschaft das ausschließliche Recht, und die Gesellschaft übernimmt die Verpflichtung zur Versorgung des Versorgungsgebietes mit elektrischer Energie. Die näheren Bestimmungen ergeben sich aus der Anlage K, die als Teil dieser Satzung anzusehen ist."¹⁾

Anlage K ist ein zwischen der Stadt Berlin und der Bewag geschlossener Konzessionsvertrag, der beispielsweise folgende Bestimmung enthält:

"Die Gesellschaft gewährleistet der Stadt, daß Beschlüsse über Festsetzung oder Änderung der allgemeinen Stromlieferungs-tarife für Niederspannungsstrom in den zuständigen Organen der Gesellschaft einer Mehrheit von drei Vierteln der vertretenen Stimmen bedürfen."

Die Gesellschaft konnte sich aus den soeben erörterten Gründen zwar nicht rechtswirksam zur Aufnahme des Konzessionsvertrages in die Satzung verpflichten; wenn aber der Vertrag durch Hauptversammlungsbeschluß zum Bestandteil der Satzung gemacht ist, so besteht die Möglichkeit, daß seine Bestimmungen dadurch körperschaftsrechtliche Wirkung erlangen, d.h. daß die Gesellschaftsorgane und die Aktionäre unmittelbar an sie gebunden sind.

1) § 21 Art.6 der Satzung der Berliner Kraft- und Licht-AG (Bewag).

Grundsätzliche Bedenken gegen die Aufnahme ganzer Verträge in die Satzung bestehen nicht. Es ist dem autonomen Gestaltungswillen der Aktionäre überlassen, welche Bestimmungen sie in der Satzung als für sich selbst und für die Gesellschaftsorgane verbindlich erklären wollen.¹⁾ Dabei ist es unerheblich, daß die Bestimmungen des Vertrages, die eine körperschaftsrechtliche Regelung oder die Vereinbarung der Aufnahme einer solchen Regelung in die Satzung enthalten, aus den erörterten Gründen vertragsrechtlich nicht wirksam sind. Denn zur satzungsmäßigen Wirksamkeit sind ein ordnungsmäßiger Hauptversammlungsbeschluß und seine Eintragung in das Handelsregister notwendig und ausreichend.

Eine körperschaftsrechtliche Wirkung können allerdings nur diejenigen Vertragsklauseln erlangen, welche die Rechte und Pflichten, Aufgaben und Zuständigkeiten der Gesellschaftsorgane und der Aktionäre betreffen. Unschädlich ist, daß auch die anderen Vertragsbestimmungen Bestandteil der Satzung werden, die sich z.B. mit der Konzessionsabgabe oder dem Heimfallrecht der öffentlichen Körperschaft befassen. Denn auch normale Satzungen enthalten Bestimmungen individualrechtlicher Art²⁾ wie z.B. die Angaben über Sachübernahmen und Gründervorteile (§§ 19,20 AktG)³⁾ oder Pensionszusagen an

1) Das Reichsgericht hat in JW 1930,3757 kein Bedenken dagegen geäußert, daß in der Satzung auf einen Vertrag des Gründergesellschafters verwiesen wird, und daß sich daraus Pflichten der Gesellschaft ergeben können. Allerdings handelte es sich um individualrechtliche Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag einer GmbH.

2) Würdinger S.30 f.

3) Beispiel in RGZ 132,199.

Witwen von Vorstandsmitgliedern.¹⁾

Können nun aber die Teile des Vertrages, die sich auf Körperschaftsrechtliche Fragen beziehen, ohne weiteres, d.h. allein durch Bezugnahme auf den Vertrag als Bestandteil der Satzung, satzungsmäßige Wirkung erlangen?

Da die Satzung in ihren Körperschaftsrechtlichen Teilen eine Regelung objektiver Natur darstellt, die für alle Beteiligten verbindlich ist,²⁾ muß sie die rechtlichen Verhältnisse klar und eindeutig regeln. Dies gilt nicht nur für solche Bestimmungen, welche die dispositiven Gesetzesvorschriften ergänzen.³⁾ Denn der Grund für dieses Erfordernis, der durch die objektive Rechtsnatur der Satzung erforderliche "Schutz vor unterschiedlicher, ja willkürlicher Satzungsauslegung"⁴⁾ trifft für alle Körperschaftsrechtlichen Regelungen der Satzung zu.

Die Satzungsvorschriften müssen vor allem deshalb klar gefaßt sein, weil sie nur aus der Satzung selbst heraus ausgelegt werden können.⁵⁾ Die Rechtsprechung hat zwar auch Anlagen der Satzung, die als solche dem Registergericht eingereicht wurden, für die Auslegung der Satzungsbestimmungen herangezogen, da sie der Allgemeinheit zugänglich seien und weil eine Satzungsbestimmung möglichst nicht als nichtig zu behandeln

1) Beispiel in BGH LM § 549 ZPO Nr.25, allerdings für eine GmbH.

2) Würdinger S.30,32.

3) BGHZ 9,279 (283).

4) BGH aaO; die Notwendigkeit einheitlicher Satzungsauslegung betont auch das Reichsgericht in JW 1930,3735 (3736) und JW 1939, 354 f.

5) BGH LM § 549 ZPO Nr.25.

sei.¹⁾ Aber dabei handelte es sich stets um individualrechtliche Bestimmungen über Gründervorteile und ähnliches. Für körperschaftsrechtliche Vorschriften der Satzung wird man an dem vom Bundesgerichtshof²⁾ aufgestellten strengen Erfordernis klarer und eindeutiger Regelung festzuhalten haben.

Daher muß in den einzelnen Satzungsbestimmungen außer der allgemeinen Bezugnahme auf einen der Satzung als Anlage beigefügten Vertrag zum Ausdruck gebracht werden, daß eine bestimmte Vertragsklausel als bindendes Satzungsrecht gelten solle. Wenn beispielsweise³⁾ der Vertrag zwischen öffentlicher Körperschaft und Aktiengesellschaft vorsieht, daß gewisse Beschlüsse in den zuständigen Gesellschaftsorganen nur mit Dreiviertelmehrheit gefaßt werden sollen, so müßte auf diese Abrede speziell in den Satzungsbestimmungen hingewiesen werden, welche die Beschlußfassung innerhalb des Vorstandes und gegebenenfalls des Aufsichtsrates regeln. Andernfalls wäre nicht eindeutig ersichtlich, ob es sich nur um eine individualrechtliche Verpflichtung⁴⁾ der Aktiengesellschaft gegenüber dem beteiligten Gemeinwesen oder um unmittelbar geltendes körperschaftsrechtliches Satzungsrecht handelt.

1) Vgl. RG JW 1930, 3735 und JW 1939, 354 sowie RGZ 127, 186.

2) BGHZ 9, 279 (283).

3) Vgl. oben S. 77.

4) Die als solche nichtig wäre, vgl. oben S. 75 f.

II. Verträge zwischen öffentlicher Körperschaft und anderen Aktionären.

Durch Verträge mit anderen Aktionären über die Ausübung des Stimmrechts können sich öffentliche Körperschaften Einfluß in der Hauptversammlung über ihren Stimmenanteil hinaus verschaffen. Die rechtliche Problematik solcher Verträge liegt überwiegend auf aktienrechtlichem Gebiet.

Verträge über die Ausübung des Stimmrechts können vor oder nach Gründung der Aktiengesellschaft abgeschlossen werden. Im ersten Fall müssen sie von den sogenannten Vorgründungsverträgen abgegrenzt werden.

In einem Vorgründungsvertrag verpflichten sich mehrere Personen gegenseitig, eine Aktiengesellschaft zu gründen. Die wesentlichen Bestimmungen der späteren Satzung müssen in dem Vertrag bereits niedergelegt sein,¹⁾ so daß sich für ein an der Gründung beteiligtes Gemeinwesen die Notwendigkeit ergeben könnte, erstrebte Einflußrechte bereits im Vorgründungsvertrag zu verankern. Aber diesem Vertrag kommt für die Untersuchung der Einflußmittel keine selbständige Bedeutung zu. Denn er ist mit der Gründung der Aktiengesellschaft vollzogen und damit hinfällig. Irgendwelche mitgliedschaftlichen Rechte kann das Gemeinwesen aus ihm nicht mehr herleiten. An seine Stelle tritt

1) Da er die Beteiligten zum Abschluß des endgültigen Gesellschaftsvertrages nur verpflichtet, wenn er so vollständige Vereinbarungen enthält, daß das Gericht etwa bestehende Lücken durch Auslegung schließen kann, Fischer Großkomm. Anm. 22 zu § 16 AktG.

vielmehr die Satzung und regelt die körperschaftlichen Rechte und Pflichten der Aktionäre und der Gesellschaftsorgane.

Die hier zu untersuchenden Stimmbindungsverträge zwischen Aktionären werden in verschiedenen Formen geschlossen. Als Sammelbezeichnung haben sich die Begriffe Konsortial-, Schutzgemeinschafts- oder Poolverträge herausgebildet.¹⁾²⁾ Diese Ausdrücke treffen jedoch nur für einen Teil der vorkommenden Vertragsarten zu. Besser erscheint es, folgendermaßen zu unterscheiden:

1) Treffen zwei oder mehrere Aktionäre lediglich Vereinbarungen darüber, in welcher Weise sie bei bestimmten Beschlüssen oder Wahlen in der Hauptversammlung abstimmen werden, so handelt es sich um die einfachste Form des Stimmbindungsvertrages. Ein Konsortium, eine Schutzgemeinschaft, liegt hier nicht vor.

2) Hiervon wird man erst sprechen können, wenn Aktionäre Stimmrechtsbindungen zu einem erklärten gemeinsamen Zweck eingehen, wenn sie also eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB gründen.³⁾ Dabei sind wiederum mehrere Möglichkeiten denkbar.

Die Aktionäre können das Stimmrecht in der Hauptversammlung selbständig ausüben und vorher gemeinsam über die Art der Stimmabgabe beschließen.⁴⁾ Dabei kann der Abstimmungsmodus beliebig

1) Schmidt, Großkomm.Anm.43 zu § 114 AktG; Würdinger S.76.

2) Vom Konsortialvertrag als Stimmbindungsvertrag ist der Konsortialvertrag zum Zwecke der Unterbringung neuer Aktien beim Publikum zu unterscheiden, vgl. Baumbach-Hueck Anm.6 zu § 17 AktG.

3) Vgl. Schmidt, Großkomm.Anm.43 zu § 114 AktG; Würdinger S. 76; Zluhan S.84.

festgelegt und z.B. der öffentlichen Körperschaft für ihre Aktien ein mehrfaches Stimmrecht in den Angelegenheiten eingeräumt werden, in denen öffentliche Interessen auf dem Spiele stehen.¹⁾ Das Stimmrecht kann aber auch auf einen Treuhänder übertragen werden, der es im eigenen Namen für die Aktionäre zum Zwecke wirksamer Einsetzung des vereinigten Stimmgewichts ausübt.²⁾ Die beteiligten öffentlichen Körperschaften werden ihr Stimmrecht allerdings nur dann aus der Hand gegeben, wenn nicht die Gefahr besteht, daß ihre Beteiligungsinteressen dabei unberücksichtigt bleiben, also etwa bei einem Zusammenschluß mehrerer öffentlicher Aktionäre.³⁾

Über die rechtliche Zulässigkeit von Verträgen betreffend die Ausübung des Stimmrechts war man sich nicht immer einig. Die Rechtsprechung der obersten Gerichte bejahte sie überwiegend⁴⁾ und die meisten Autoren folgten ihr,⁵⁾ sie wurde aber auch bekämpft.⁶⁾ Heute hat sich die Meinung end-

noch Seite 82

4) Beispiele bei Göppert JW 1930, 3680.

1) So in dem von Göppert aaO angeführten Fall.

2) Zur Zulässigkeit der Legitimationsübertragung vgl. Würdinger S.52, 77; Beispielsfälle in RGZ 111,405 und bei Prenzel Diss.S.54.

3) Beispiel in Denkschrift zum 50-jährigen Bestehen der Main-Kraftwerke AG in Frankfurt/M.-Hoechst S.23.

4) RGZ 107,67; 112,273; 119,386; 133,90; 160,262; 165,78; OLG Naumburg in OLGE 27, 349; abweichend RGZ 131,179, nicht aber RGZ 57,205, wie Bergmann S.22 annimmt, da es sich in dem dort entschiedenen Fall nicht um eine Stimmvereinbarung, sondern um die Vorschrift eines Gesellschaftsvertrages handelte, die bestimmte Aufsichtsratsmitglieder zur Niederlegung ihres Amtes und ähnlichem verpflichtete.

gültig durchgesetzt, daß Abstimmungsverträge grundsätzlich gültig sind.¹⁾ Im Einzelfall müsse jedoch geprüft werden, ob Sittenwidrigkeit vorliege oder ob die Stimmbindung zur Herbeiführung eines gegen zwingendes Recht verstoßenden Beschlusses dienen solle; in diesen Fällen sei sie nichtig.²⁾ Auch könne die Verpflichtung nach Treu und Glauben entfallen, so z.B. wenn der Aktionär seine Stimme einem ungeeigneten Kandidaten für das Aufsichtsratsamt geben solle.³⁾ Eine weitere Schranke zieht § 299 AktG, der den Stimmenkauf verbietet und unter Strafe stellt. Bei dem häufigsten Fall der Abstimmungsvereinbarung, nämlich bei der Verpflichtung zur Wahl bestimmter Personen in den Aufsichtsrat, wird ein unzulässiger Stimmenkauf in der Regel nicht angenommen, da besondere Vorteile im Sinne des § 299 AktG nur solche Vorteile seien, die sich nicht aus der Abstimmung selbst für den Abstimmenden ergäben; die Wahl bestimmter Personen in den Aufsichtsrat sei gerade ein Ergebnis der Abstimmung.⁴⁾

noch Seite 83

- 5) Ahls S.4; Haussmann ZBH 1931,9; Zigloch S.151, 153; Staub-Pinner Anm.2 d zu § 243 HGB; Zluhan S.262 ff., 281 ff.
- 6) Besonders von Bergmann S.24 ff., Junck Sp.1643 ff.
- 1) BGHZ 29,385; Baumbach-Hueck Anm.2 F zu § 102 AktG; Fischer, GmbH-Rdsch.1953,65 ff.; Keil S.660; Schlegelberger-Quassowski Anm.29 zu § 114 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.43 zu § 114 AktG; Würdinger S.76.
- 2) RGZ 131, 183; 133,90; Zluhan S.264 ff.
- 3) Vgl. RGZ 133,90; 107,71; Baumbach-Hueck Anm.2 F zu § 102 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.43 zu § 114 AktG.
- 4) RGZ 107,71; Zluhan S.282; kritisch Wimpfheimer S.301.

Der in Rechtsprechung und Lehre herrschenden Meinung über die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen kann angesichts der schwerwiegenden Argumente, die gegen diese Meinung vorgebracht worden sind, nicht ohne weiteres gefolgt werden.

Die Gegner des Stimmbindungsvertrages¹⁾ sehen durch solche Verträge die Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung gefährdet.²⁾ Durch die vertragliche Bindung verliere die Abstimmung in der Hauptversammlung ihr Wesen, die Freiheit der Entscheidung. Man könne nicht zwischen einem unantastbaren Recht der Hauptversammlung auf freie Entscheidung und einem entsprechenden verzichtbarem Recht des einzelnen Aktionärs unterscheiden; denn die Wahlfreiheit der Hauptversammlung sei bedingt durch diejenige der Aktionäre, deren erklärter Wille erst den Gesamtwillen ausmache. Deshalb könne der einzelne Aktionär nicht "sein" Recht auf Entscheidungsfreiheit bei der Abstimmung preisgeben. Er tue das aber, wenn er sich hinsichtlich seines Stimmrechtes vertraglich binde, weil die Rücksicht auf die Folgen des Vertragsbruches ihn zur versprochenen Abstimmung zwingt.³⁾

Wenn die Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung durch Stimmbindungsverträge tatsächlich beeinträchtigt würde, so wäre damit ein wesentlicher Grundsatz des Aktienrechts verletzt. Zwar ist an keiner Stelle des Aktiengesetzes von der Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung die Rede; aber sie liegt der gesetzlichen Regelung als Rechtsprinzip zugrunde: die der Aktiengesellschaft zuerkannte Verbandsautonomie⁴⁾ findet ihre

1) Vgl. S. 83 Anm. 6.

2) Bergmann S. 25 ff., Junck Sp. 1643 ff., insbes. im Hinblick auf die Wahl des Aufsichtsrates.

Verwirklichung in den Beschlüssen der Hauptversammlung; diese Beschlüsse werden der Aktiengesellschaft als ihr für die Gesellschaftsorgane und die Aktionäre jeweils verbindlicher Wille zugerechnet.¹⁾ Die Voraussetzung einer solchen autonomen Gestaltung ist Entscheidungsfreiheit.

Den Gegnern der Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen kann nicht entgegengehalten werden, die Abstimmungsfreiheit der Hauptversammlung werde durch Stimmbindungsverträge deshalb nicht berührt, weil es sich nur um schuldrechtliche Verpflichtungen handele.²⁾ Drohende Schadensersatzansprüche oder Vertragsstrafen können sehr wohl die Entscheidung des Aktionärs beeinflussen. Es ist aber gerade die Frage, ob eine solche Beeinflussung die Entscheidungsfreiheit des Aktionärs und der Hauptversammlung beeinträchtigt.

Bereits die erste Frage ist zu verneinen. Der Aktionär, der sich vertraglich bindet, seine Stimme in gewissem Sinne abzugeben oder sich der Mehrheitsentscheidung des Konsortiums zu unterwerfen, faßt den Entschluß über die Art der Stimmabgabe oder über eventuelle Stimmenthaltung lediglich zeitlich vor der Hauptversammlung, aber in freier Entscheidung. Das Aktiengesetz schreibt nur vor, daß die Aktionäre ihre Rechte in der Hauptversammlung ausüben (§ 102 Abs. 1 AktG), nicht aber, daß der einzelne Aktionär seine Entschließung erst in der Hauptversammlung zu treffen habe. Gerade in der Möglichkeit vertraglicher Bindung kommt die Dispositionsfreiheit über das mit der

noch Seite 85

3) So insbes. Bergmann S.25 f.

4) Vgl. oben S. 38 f., 59.

1) Vgl. Würdinger S.155.

2) So aber RGZ 133,90 (93).

Aktie verbundene Stimmrecht zum Ausdruck.

Bereits aus diesen Gründen kann auch die Abstimmungsfreiheit der Hauptversammlung nicht beeinträchtigt werden. Denn die autonome Entscheidung der einzelnen Aktionäre ergibt die autonome Entscheidung des Gesellschaftsverbandes. Dies ist aber nicht dahin zu verstehen, daß die einzelnen Aktionäre unbeeinflußt abstimmen müßten. Die Aktionäre stehen nicht atomistisch nebeneinander, sondern sind befugt, sich zur Durchsetzung ihrer Interessen zu Gruppen zusammenzuschließen; dies kommt auch in dem grundsätzlichen Erfordernis der absoluten Stimmenmehrheit (§ 113 Abs. 1 AktG) und in dem Verbot des Verhältnismehrheits¹⁾ zum Ausdruck: absolute Mehrheiten können in der Regel nur zustandekommen, wenn die Abstimmenden sich untereinander verständigen und zu Gruppen zusammenschließen können.

Es kann nicht eingewendet werden, daß die Hauptversammlung selbst sich nicht vertraglich dazu verpflichten könne, bestimmte Beschlüsse zu fassen.²⁾ Dadurch würde in der Tat das tragende Prinzip der Verbandsautonomie angetastet werden. Insoweit muß man aber Aktionär und Hauptversammlung streng auseinanderhalten. Das Gesellschaftsorgan Hauptversammlung ist von den einzelnen Aktionären rechtlich verschieden. Die Aktionäre sind nicht Gesellschaftsorgan. Sie trifft keine Verpflichtung, ihr Stimmrecht nur im Interesse

1) Vgl. unten S.161 f.

2) Vgl. oben S.62 und 75 f.

der Aktiengesellschaft auszuüben,¹⁾ während die rechtliche Funktion der Hauptversammlung als Gesellschaftsorgans allein in der Tätigkeit für die Gesellschaft besteht. Sie kann sich im Gegensatz zum Aktionär daher nicht rechtlich binden.

Stimmbindungsverträge sind demnach grundsätzlich rechtgültig. Sie stehen den an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten Gemeinwesen als Mittel der Einflußnahme zur Verfügung.

1) Schmidt, Grobkomm. Anm. 44 zu § 114 AktG. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes (RGZ 146, 76; 146, 385 (395); 158, 254), die von dem Aktionär verlangte, er habe das Wohl der Gesellschaft zur Richtschnur seines Handelns zu machen, ihm also eine Treupflicht gegenüber der Gesellschaft auferlegte, dürfte eine Auswirkung der Lehre vom "Unternehmen an sich" sein, das man vor den Aktionären schützen zu müssen glaubte, vgl. Mestmäcker S. 14 und oben S. 47. Gegen eine Treupflicht des Aktionärs auch Baumbach-Hueck Überblick 2 B vor § 48 AktG, Schmidt, Grobkomm. Anm. 8 b zu § 1 AktG mit weiteren Nachweisen. Es besteht nur ein Verbot, gesellschaftsfremde Sonderinteressen bewußt zum Nachteil der Gesellschaft durchzusetzen, so schon für das HGB Hachenburg, Einleitung Anm. 79, 80 S. 106, Netter S. 591 f. Aber selbst in diesem Fall trifft den Aktionär keine aktienrechtliche Verantwortlichkeit (§ 101 Abs. 7 AktG); der Beschluß ist lediglich nach § 197 Abs. 2 AktG anfechtbar, Würdinger S. 75.

§ 7 Weisungsrechte der öffentlichen Körperschaft gegenüber ihren Vertretern in den Gesellschaftsorganen.

Die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften schließen nicht nur vertragliche Vereinbarungen mit der Gesellschaft selbst und mit anderen Aktionären; sie stehen auch in rechtlichen Beziehungen zu Mitgliedern des Vorstandes und häufig des Aufsichtsrates, und sie entsenden Vertreter in die Hauptversammlung.¹⁾

Freilich haben die Rechtsbeziehungen zu diesen Personen nur in den Fällen Vertragscharakter, in denen Privatpersonen wie z.B. Mitglieder von Gemeindeparlamenten, Rechtsanwälte oder sonstige qualifizierte Fachleute die öffentlichen Interessen in den Gesellschaftsorganen vertreten; es handelt sich dann um einen privatrechtlichen Dienstvertrag, einen Auftrag²⁾ oder einen Geschäftsbesorgungsvertrag. Meist sind die Vertrauensleute der öffentlichen Körperschaft im Vorstand und im Aufsichtsrat und ihre Vertreter in der Hauptversammlung Beamte des betreffenden Gemeinwesens, so daß in diesen Fällen kein Vertragsverhältnis, sondern ein öffentlichrechtliches Beamtenverhältnis besteht. Gleichwohl sollen alle diese Rechtsverhältnisse hier zusammengefaßt und im Anschluß an die vertraglichen Einflußmöglichkeiten behandelt werden. Denn sie werfen unabhängig von ihrer privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Natur ein allgemeines Rechtsproblem auf, das nur einheitlich gelöst werden kann. Der Schwerpunkt der Problematik

1) Nur die Vertreter in der Hauptversammlung sind Vertreter der öffentlichen Körperschaft im

liegt dabei in der aktienrechtlichen Stellung der Organmitglieder.

Für die öffentlichen Körperschaften geht es nicht nur darum, daß Personen ihres Vertrauens Mitglieder der Gesellschaftsorgane sind. Diese Personen können eine von der Ansicht der öffentlichen Körperschaft abweichende Meinung darüber haben, was im gesellschaftlichen Bereich im öffentlichen Interesse liegt, und auf welche Weise die öffentlichen Belange am zweckmäßigsten durchgesetzt werden können. Nicht selten sind die Vertreter öffentlicher Interessen in den Gesellschaftsorganen eigene Wege gegangen, besonders dann, wenn es sich um Abgeordnete aus Gemeindeparlamenten handelte, die eher das Programm ihrer Partei als die Weisungen der zuständigen Gemeindeorgane befolgten.¹⁾ Es kommt für die öffentlichen Körperschaften also darauf an, ihre Vertreter in den Gesellschaftsorganen an bestimmte Weisungen binden zu können.

Dies ist nicht nur eine Frage der Erzwingung von Disziplin, sondern vor allem eine gesellschaftsrechtliche Frage; denn die Vertrauensleute der öffentlichen Körperschaften unterstehen als Organmitglieder von Aktiengesellschaften den Vorschriften des Aktienrechts. Das Problem besteht also darin, ob Weisungen der öffentlichen Körperschaften gegenüber ihren Interessenvertretern

noch Seite 89

- 1) rechtstechnischen Sinn des § 164 BGB; die Gewährsleute des Gemeinwesens im Aufsichtsrat und im Vorstand sind nur Interessenvertreter, da die öffentliche Körperschaft als juristische Person nicht Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsrates sein kann (§§ 75 Abs. 1 Satz 3, 86 Abs. 2 S. 1 AktG).

in den Gesellschaftsorganen mit den Vorschriften des Aktienrechts vereinbar sind. Diese Problematik ist insofern besonders bedeutsam, als Weisungsrechte in zahlreichen Gemeindeordnungen ausdrücklich festgelegt sind.¹⁾

Die Vertreter öffentlicher Körperschaften in der Hauptversammlung können ohne weiteres an Weisungen gebunden werden, da die Körperschaft selbst Aktionär ist und ihre Gewährsleute in der Hauptversammlung gleichzeitig ihre Vertreter im bürgerlichrechtlichen Sinne sind, die beliebig den Weisungen des Vollmachtgebers unterworfen werden können.²⁾

Den Mitgliedern des Aufsichtsrates und des Vorstandes räumt das Aktiengesetz dagegen eine selbständige Stellung ein, mit der ein Weisungsrecht evtl. in Widerspruch treten könnte. Allerdings ist die aktienrechtliche Regelung für

noch Seite 89

- 2) So RGZ 105, 393 (395); Ritter Anm.2 b zu § 88 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.26 zu § 83 AktG.

noch Seite 90

- 1) Bergmann S.62 f.68; Heymann-Bergmann S.87; Laux S.52.

- 1) Vgl. etwa § 72 Abs.1 S.2 GO v. Nordrhein-Westfalen v. 21./28.10.1952 (GV.NW.S.283).
- 2) Soweit der Bürgermeister oder der Gemeindegemeinschaft selbst als gesetzliches Vertretungsorgan in der Hauptversammlung auftreten, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von Weisungen überhaupt nicht.-In manchen Fällen wird auch bewußt auf die Erteilung von Weisungen verzichtet, um den verschiedenen politischen Richtungen im (Gemeinde-)Parlament Rechnung zu tragen, auf deren Vertreter die Aktien dann verteilt werden (vgl.RGZ 118,67). Es erhebt sich dann die Frage, ob die Stimmen in verschiedenem Sinne abgegeben werden dürfen; verneinend RGZ 118, 67 (69 f.), bejahend Klausing, Uneinheitliche Ausübung S.46 ff.

Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder nicht die gleiche. Da die Vertrauensleute öffentlicher Körperschaften meist in den Aufsichtsrat und nur selten in den Vorstand delegiert werden, soll die Vereinbarkeit von Weisungen mit der aktienrechtlichen Stellung der Aufsichtsratsmitglieder zuerst geprüft werden.

In der Praxis benützen Großaktionäre den Aufsichtsrat seit langem, um ihre Interessen innerhalb der Aktiengesellschaft durchzusetzen.¹⁾ Oft werden Aufsichtsratsmitglieder nur zu diesem Zweck entsandt und gewählt. Rechtsprechung und Lehre haben derartigen Auftragsverhältnissen zwischen Aktionären und Aufsichtsratsmitgliedern den Rechtsschutz nicht versagt.²⁾ Der Gesetzgeber selbst hat sie anerkannt, indem er in § 88 AktG einzelnen Aktionären die Möglichkeit gab, durch direkte Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern ihre Belange innerhalb der Gesellschaft besser zur Geltung zu bringen.

Damit ist aber nur gesagt, daß die Vertretung von Einzelinteressen im Aufsichtsrat nicht dem Wesen des Aufsichtsratsamtes widerspricht. Die Frage, ob dies in der Form bindender Weisungen geschehen darf, bleibt offen. Hierüber entscheidet die aktienrechtliche Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes.

Jedes Mitglied des Aufsichtsrates hat nach §§ 99, 64 AktG seine Aufgabe so zu erfüllen, wie es die Handlungsweise eines ordentlichen Überwachers und Prüfers³⁾ erfordert. Eine der-

1) Wiethölter S.286.

2) RGZ 105,392; Ahls S.19; Haussmann ZBH 1931,12; Mestmäcker S.61.

3) Vgl. Baumbach-Hueck Anm. zu § 99 AktG.

artige Verantwortlichkeit kann nur bei gleichzeitiger Selbständigkeit in der Erfüllung der übertragenen Aufgaben bestehen. Ohne eine solche Selbständigkeit des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes könnte der Aufsichtsrat auch im ganzen nicht Organ der Aktiengesellschaft sein; denn die Organstellung des Aufsichtsrates bedeutet, daß die Aktiengesellschaft in bestimmten Angelegenheiten durch ihn handelt; um handeln zu können, muß das Organ und müssen seine Mitglieder frei entscheiden, d.h. zwischen mehreren Möglichkeiten wählen können und dürfen nicht an den Willen eines Anderen gebunden sein.¹⁾

Hiermit sind bindende Weisungen eines Aktionärs unvereinbar. Das gilt sowohl für die von der Hauptversammlung gewählten als auch für die nach § 88 AktG entsandten Aufsichtsratsmitglieder; denn diese haben die gleiche Rechtsstellung wie die gewählten Mitglieder.²⁾ Die auf Vorschlag oder mit den Stimmen einer öffentlichen Körperschaft gewählten und die von ihr entsandten Aufsichtsratsmitglieder können nach dem bisher Gesagten also zwar öffentliche Interessen bei ihrer Amtsführung im Aufsichtsrat vertreten und den Wünschen der beteiligten öffentlichen Körperschaft Gehör und Geltung verschaffen; sie können dabei aber nicht an die Weisungen des Gemeinwesens gebunden werden, sondern haben in jedem Falle selbständig zu entscheiden.

1) Vgl. oben S.62 und 75 f.

2) RGZ 165,68 (79); BGH NJW 1962,864 (866); Baumbach-Hueck Anm.4 zu § 88 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.22 zu § 88 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm.16 zu § 88 AktG.

Für den Vorstand trifft das über die Organstellung des Aufsichtsrates Gesagte in gleicher Weise zu. Er hat die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten (§ 70 Abs. 1 AktG). Er kann dabei aber im Gegensatz zum Aufsichtsrat nicht die Interessen einzelner Aktionäre berücksichtigen, sondern muß die Gesellschaft in eigener Verantwortung so führen, wie es das Wohl aller Beteiligten verlangt. Bindende Weisungen an Vorstandsmitglieder sind daher erst recht ausgeschlossen.

Die Problematik bindender Weisungen an Aufsichtsrats- und Vorstandsmitglieder wird allerdings überwiegend im Inhalt der Weisung selbst gesehen: diese könne, da sie in der Regel öffentliche Interessen zu verwirklichen trachte, zu einem Konflikt mit den Gesellschaftsinteressen führen.

Wir begegnen an dieser Stelle dem in der Einleitung¹⁾ skizzierten rechtlichen Spannungsverhältnis zwischen den zwei Rechtspflichten, welche die Vertreter der öffentlichen Interessen treffen: der öffentlichrechtlichen Verpflichtung, das Gemeinwohl zu fördern, und der aktienrechtlichen Pflicht von Organmitgliedern, die Gesellschaftsinteressen wahrzunehmen. Die erstgenannte Aufgabe wird durch die Weisung der zuständigen Behörde des beteiligten Gemeinwesens gewissermaßen konkretisiert. Wäre die Weisung bindend, so könnte der jeweilige Vertreter der öffentlichen Interessen öffentliche und Gesellschaftsinteressen nicht mehr selbst gegeneinander abwägen; er würde

1) S. 50 ff.

dann unter Umständen in einen unlösbaren Pflichtenkonflikt geraten.¹⁾ Nach der hier vertretenen Auffassung kann es zwar stets zu einem Widerstreit der beiden Interessen kommen; aber der öffentliche Interessenvertreter hat ihn in eigener Verantwortung zu entscheiden, da bindende Weisungen mit seiner aktienrechtlichen Organstellung eben nicht vereinbar sind. Damit wäre die Frage, ob Weisungen rechtlich bindend sind, nicht nach dem Inhalt der Weisung, sondern aufgrund der Organstellung der Vertreter öffentlicher Interessen - verneinend - zu entscheiden.

Obwohl also die Vereinbarkeit öffentlicher Interessen mit den Gesellschaftsinteressen keine Frage speziell des Weisungsrechtes ist, soll hier auf sie eingegangen werden; denn diese Frage beherrscht die Diskussion über die Vereinbarkeit der Weisungsvorschriften in den Gemeindeordnungen mit dem Aktienrecht, und sie wird stets danach entschieden, ob dem öffentlichen oder dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang gebühre. Die Vertreter der Ansicht, daß das Gesellschaftsinteresse vorzugehen habe, kommen überwiegend aus dem gesellschaftsrechtlichen Lager,²⁾ die Befürworter eines Vorranges der öffentlichen

1) Als "Konsequenz" wird dem öffentlichen Organmitglied oft geraten, sein Amt niederzulegen, so z.B. Vialon Anm.14 zu § 48 RHO (S.304), Jäckel S.146.

2) Vgl. Baumbach-Hueck Anm.4 zu § 86 AktG; von Gordin-Wilhelmi Anm.6 zu § 92 AktG; Ritter Anm.2 c zu § 88 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.22 zu § 88 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.16 zu § 88 und Anm.4 a zu § 95 AktG; Teichmann-Koehler Anm.3 zu § 88 AktG; ferner: Ahrens S.107, 117; Bergmann S.67 f.; Boelsen S.90 f. Blank S.107, Kahn S.384; Liebmann S.351; Matthaei S.156; von Schwartzkoppen S.187; aus dem öffentlichrecht-

Interessen dagegen aus den Reihen der Öffentlich-rechtler oder der öffentlichen Körperschaften.¹⁾ Die letzteren argumentieren meist in der Richtung, daß der Schutz der öffentlichen Interessen wichtiger sei als die Förderung der Sonderinteressen des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, welches für die öffentlichen Zwecke in Dienst genommen werde.²⁾

Dieses Argument erscheint schon deshalb anfechtbar, weil es von der rechtlich nicht gesicherten Annahme ausgeht, daß die unternehmerische Tätigkeit auf gewissen Gebieten Aufgabe der öffentlichen Hand sei.³⁾ Selbst wenn dies aber der Fall wäre, so würde daraus noch nicht folgen, daß die Gesellschaftsinteressen hinter die öffentlichen Interessen zurücktreten müßten. Denn die öffentliche Hand ist bei der Geltendmachung öffentlicher Interessen ja allgemein an das geltende Recht und speziell an das Aktienrecht gebunden;⁴⁾ dies bedeutet hier, daß die öffent-

noch Seite 95

2) lichen Lager: Göbel-Fröhner Anm.2 zu § 18 GO v.Baden-Württemberg; einschränkend: RG in JW 1932, 2279.

1) Vgl.Goerdeler S.136;Ipsen JZ 1955,597 f.; Mallon ZBR 1929/30, 184; Muntzke-Schlepp Anm.IV zu § 101 GO v.Hessen; Odenbreit-Hensel Erl.zu § 72 GO v. Nordrhein-Westfalen (S.387); Salzmann-Schunck Anm.5 zu § 80 GO v.Rheinland-Pfalz; Schattenfroh Anm.II 2 zu § 70 DGO;Surén-Loscheider Erl.zu § 70 DGO (S.122); Vogel S.177 ferner: Bailerstedt DÖV 1951,452.

2) Vgl.z.B. Bailerstedt aaO.

3) Vgl. oben S.33 mit Anm.4.

4) Vgl. oben S.35 mit Anm.2.

lichen Interessen nur im Rahmen der durch die Satzung näher bestimmten Gesellschaftsinteressen zur Geltung gebracht werden dürfen, daß sie also im Konfliktsfall hinter diese zurücktreten müssen.

Die Bestimmungen der Gemeindeordnungen über die Weisungsgebundenheit der Gemeindevertreter in Aufsichtsrat und Vorstand können daher nur in dem Sinne interpretiert werden, daß die betreffenden Personen den in den Weisungen der Gemeindeorgane konkret benannten öffentlichen Interessen so weit wie möglich, d.h. soweit es die Gesellschaftsinteressen zulassen, Geltung verschaffen sollen.

Schließlich sei auch darauf hingewiesen, daß die Bestimmungen der Gemeindeordnungen die aktienrechtlichen Regeln schon deshalb nicht durchbrechen können, weil Landesrecht nicht Bundesrecht brechen kann (Art.31 GG). Um diesem Argument zu begegnen, berufen sich manche Autoren¹⁾ auf §§ 70, 71 DGO, die ein Weisungsrecht vorsahen, und die den entsprechenden Bestimmungen der geltenden Gemeindeordnungen als Vorbild dienten. Über Art. 123, 125, 74 Nr.1 und Nr.11 GG wird versucht, jene alten Vorschriften als fortgeltendes Bundesrecht nachzuweisen.²⁾ Aber es ist schon sehr zweifelhaft, ob es sich bei den

1) Z.B. Ipsen JZ 1955, 597 f.; Vogel S.170 ff.

2) Vogel S.171; allerdings spricht Vogel nur von einer eventuellen Fortsetzung als Bundesrecht; er will sich eine weitere Möglichkeit dadurch offenhalten, daß er die §§ 70,71 DGO nicht unbedingt als Durchbrechungen des Aktiengesetzes, sondern als Regelung "jenseits des allgemeinen Gesellschaftsrechts" ansehen will. Vogel deutet also nur zwei Möglichkeiten an, ohne sich zu entscheiden.

§§ 70, 71 DGO überhaupt um Recht handelt, das Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft; denn Gemeinderecht ist nun einmal weder bürgerliches Recht (Art. 74 Nr. 1 GG) noch Recht der Wirtschaft (Art. 74 Nr. 11 GG), mögen auch einzelne seiner Bestimmungen Auswirkungen auf diese Rechtsgebiete haben. Außerdem müßte aus jener Annahme folgen, daß alle diejenigen Bestimmungen der Gemeindeordnungen der Länder, die mit Vorschriften der DGO nicht in Einklang stehen, insoweit aufgrund Art. 31 GG keine Geltung hätten; dies wird jedoch von niemandem vertreten.

Nach alledem kann also von einer Durchbrechung aktienrechtlicher Vorschriften durch die fraglichen Bestimmungen der Gemeindeordnungen nicht gesprochen werden.¹⁾ Die Weisungen des an der

1) Zu dem gleichen Ergebnis gelangt Jäckel S. 145 ff. auf einem anderen Wege. Dabei vermögen nicht alle seine Argumente zu überzeugen. Jäckel meint zunächst, der Gesamt-Aufsichtsrat bleibe weisungsfrei, auch wenn den von einem Gemeinwesen entsandten Aufsichtsratsmitgliedern Weisungen erteilt werden könnten, da jeweils nur ein Drittel aller Aufsichtsratssitze mit entsandten Mitgliedern besetzt werden dürfe (S. 145). Dies erscheint jedoch nicht stichhaltig, da es auf die Zahl der weisungsgebundenen Mitglieder schwerlich ankommen kann, sondern nur auf ihre aktienrechtliche Stellung. - Jäckel argumentiert weiter, die Vorschriften der Gemeindeordnungen (§ 70 DGO) beschränkten die Freiheit der Aufsichtsratsmitglieder, ob sie den Weisungen folgen wollten, nicht, da den Gemeinden keine aktienrechtliche Möglichkeit geben sei, die Befolgung der Weisungen durchzusetzen (S. 145 f.). Auch dies dürfte kein entscheidender Gesichtspunkt sein; denn einmal haben die gemeinderechtlichen Vorschriften überhaupt nur dann einen Sinn, wenn sie als bindende Weisungsrechte der Gemeinden verstanden werden, so daß ein Konflikt zwischen Gemeinderecht und Aktienrecht doch wohl vorliegt; zum anderen kann

gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft beteiligten Gemeinwesens binden die Vertreter der öffentlichen Interessen in Vorstand und Aufsichtsrat nicht, weil dies mit der selbständigen Stellung dieser Organmitglieder nicht vereinbar wäre; auch die Wichtigkeit der öffentlichen Interessen kann nicht zu einer Durchbrechung dieses Grundsatzes führen, weil öffentliche Interessen nur im Rahmen der Gesellschaftsinteressen geltend gemacht werden dürfen.

4. Kapitel: Einflußnahme auf den Vorstand.

§ 8 Zuständigkeit und Bedeutung des Vorstandes in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.

Schicksal und Charakter eines Unternehmens werden wesentlich durch die Art der Geschäftsführung bestimmt. Sie ist in der Aktiengesellschaft dem Vorstand zur alleinigen Ausübung übertragen, §§ 70 ff. AktG.

Der Vorstand war schon nach dem Recht des HGB (§§ 231 ff.) oberstes geschäftsführendes Organ der Aktiengesellschaft. Es bestehen jedoch grundlegende Unterschiede zwischen dem durch das HGB geschaffenen Rechtszustand und dem geltenden Recht. Nach HGB war die Kompetenzverteilung zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung weitgehend nachgiebigen Rechts. Die

noch Seite 98

- 1) die Frage, ob derartige Bindungen zulässig sind, nicht von ihrer aktienrechtlichen Durchsetzbarkeit abhängen; die rechtliche Bindungswirkung kann auch ohne dies gegeben sein.

Generalversammlung war grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Gesellschaft zuständig. Schranken ergaben sich nur aus den gesetzlichen Rechten von Vorstand und Aufsichtsrat zur Geschäftsführung und zu deren Überwachung, sowie aus der Satzung. Die Generalversammlung konnte also zwar nicht direkt in die Geschäftsführung eingreifen¹⁾; aber sie konnte auf die Geschäftsführung der anderen Organe durch ihre Beschlüsse einwirken. So war sie mangels entgegenstehender gesetzlicher Bestimmungen nicht nur befugt, den Vorstand zu ernennen, sondern konnte ihm auch Weisungen erteilen und den Abschluß von Geschäften von ihrer Zustimmung abhängig machen²⁾. Auch dem Aufsichtsrat konnten nach § 246 Abs.3 HGB neben seiner überwachenden Tätigkeit Geschäftsführungsmaßnahmen vielfacher Art und die Befugnis zu allgemeinen oder besonderen Geschäftsanweisungen an den Vorstand übertragen werden. Der Aufsichtsrat konnte den Vorstand auf diesem Wege fast zu seinem Vollziehungsbeamten machen.³⁾

Von diesen Möglichkeiten machten die Aktiengesellschaften umfassend Gebrauch.⁴⁾ Der Vorstand wurde vor allem in vielen gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften einengenden Vorschriften zugunsten des Aufsichtsrates unterworfen.⁵⁾ Im Aufsichtsrat hatten meist die öffentlichen Körperschaften die Mehrheit. Dies genügte ihnen, um die Geschäftsführung des Vorstandes entscheidend zu beeinflussen. Deshalb überließen sie den kaufmännisch und technisch besser ausgebildeten Vertretern des Privatkapitals meist die Vorstands-

1) Ausnahmsweise war sogar eine Vertretung nach außen möglich, vgl. RGZ 63, 203 (208).

2) Vgl. zum Vorstehenden Staub-Pinner Anm.6 und 7 zu § 250 HGB.

3) Staub-Pinner Anm.10 zu § 246 HGB; einschränkend Boelsen S.39.

4) Beispiele bei Passow, Aktiengesellschaft S.434 ff.

5) Vgl. Arbenz S.156; Ahls S.2; Heymann S.140; Prenzel Diss. S.42,46.

posten.¹⁾ Auf diese Weise konnten sie sich die Erfahrungen des Privatkapitals zunutze machen, ohne selbst auf Einfluß verzichten zu müssen. Die starke Abhängigkeit des Vorstandes vom Aufsichtsrat führte allerdings dazu, daß die öffentlichen Körperschaften das mit der Bildung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen verfolgte Ziel einer unabhängigen Unternehmensleitung selbst verwässerten.

Das Aktiengesetz von 1937 grenzt die Zuständigkeiten von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung scharf und zwingend voneinander ab.²⁾ Die Hauptversammlung ist nicht mehr in allen Gesellschaftsangelegenheiten zuständig, sondern beschließt nur in den vom Gesetz und von der Satzung vorgesehenen Fällen (§ 103 AktG). Fragen der Geschäftsführung kann sie nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (§§ 103 Abs. 2, 84 Abs. 4 Satz 1 AktG).³⁾ Auch der Aufsichtsrat ist von der aktiven Geschäftsführung ausgeschlossen (§ 95 Abs. 5 Satz 1 AktG). Ihm kann zur besseren Erfüllung seiner Überwachungsaufgabe lediglich die Genehmigung bestimmter Arten von Geschäften vorbehalten werden (§ 95 Abs. 5 Satz 2 AktG). Der Vorstand ist nach geltendem Recht also nicht mehr Exekutivorgan der Aktionäre und des Aufsichtsrates, sondern selbständiger und eigenverantwortlicher Leiter der Aktiengesellschaft.

1) Beispiele bei Bussmann S. 18, 24, 52; Passow GWU S. 169 ff.

2) Statt aller: Schmidt, Großkomm. Anm. 7 zu § 70 AktG.

3) Mestmäcker S. 82 sieht in dieser Regelung eine Inkonsistenz gegenüber dem sonst verfolgten Ziel, den Vorstand von der Hauptversammlung bzw. von Aktionärmehrheiten unabhängig zu machen.

Diese neue rechtliche Regelung mußte für den öffentlichen Einfluß in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften von erheblicher Bedeutung sein. Nunmehr war durch zwingende gesetzliche Vorschrift die Selbständigkeit in der Leitung der Gesellschaft geschaffen, welche die öffentlichen Körperschaften für ihre Unternehmen oftmals gefordert, aber nie ganz verwirklicht hatten. Für die beteiligten Gemeinwesen konnte die Beherrschung der Hauptversammlung und des Aufsichtsrates nun nicht mehr ausreichen, um den gewünschten Einfluß auf die Geschäftsführung zu sichern.

Allerdings dürfen die Auswirkungen vor allem der schärferen Trennung von Geschäftsführung und Aufsicht nicht überschätzt werden.¹⁾ Denn wenn der Aufsichtsrat, wie es das Gesetz vorschreibt, wirksam kontrollieren und überwachen will, so muß er die Geschäftspolitik des Vorstandes genau kennen und sich zu diesem Zweck mit der Unternehmensführung eng vertraut machen.²⁾ Das erfordert eine Zusammenarbeit zwischen beiden Organen, in deren Rahmen der Aufsichtsrat, ohne das Gesetz zu verletzen, die Unternehmensführung mitbestimmen kann.³⁾

Wann der Aufsichtsrat tatsächlich derartigen Einfluß auf die Geschäftsführung nehmen kann, hängt allerdings von der Machtverteilung zwischen den einzelnen Gesellschaftsorganen ab. Jedenfalls hat das Aktiengesetz von 1937 gegenüber dem alten

1) Mestmäcker S.86.

2) Mestmäcker S.88.

3) Vgl. auch Werth S.79; Wiethölter S.285 ff., insbes.S.299.

Recht die Stellung des Vorstandes wesentlich gefestigt und verselbständigt, so daß in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften die früher meist außer acht gelassene Frage in den Vordergrund getreten ist, wie die Geschäftsführung des Vorstandes dem öffentlichen Einfluß zugänglich gemacht werden kann.

§ 9 Personelle Besetzung des Vorstandes.

Einfluß auf den Vorstand ist am besten durch Einflußnahme auf die personelle Besetzung des Vorstandes zu erreichen. Allerdings dürfte sich an der früher geübten Besetzung der Vorstandsposten mit fachlich qualifizierten Privatpersonen, d.h. mit nicht-öffentlichen Bediensteten, nichts geändert haben, da dies eine Voraussetzung des wirtschaftlichen Erfolges ist.¹⁾ Es kann daher für öffentliche Körperschaften nur darum gehen, daß solche Personen zu Vorstandsmitgliedern bestellt werden, von denen zu erwarten ist, daß sie wichtige öffentliche Interessen im Konfliktfall nicht der unbedingten Gewinnerzielung opfern, sondern das Unternehmen in Verantwortung gegenüber dem Gemeinwohl leiten werden.

I. Bestellung der Vorstandsmitglieder.

Unter der Geltung des HGB war es für öffentliche Körperschaften leicht, die Bestellung des

1) Das hat sich zu Anfang unseres Jahrhunderts bei der gemischtwirtschaftlichen Krefelder Straßenbahn AG gezeigt; als die Stadt Krefeld die Aktienmajorität erlangte und daraufhin ein städtischer Beamter im Nebenamt zum Direktor der Gesellschaft ernannt wurde, geriet das

Vorstandes unmittelbar zu beeinflussen; denn nach § 182 Abs.2 Nr.4 HGB hatte die Satzung über die Art der Bestellung und damit über die Zusammensetzung des Vorstandes zu bestimmen. Das Recht zur Bestellung konnte dem Aufsichtsrat oder der Generalversammlung übertragen werden.

Nach § 75 Abs. 1 AktG ist hierfür nur noch der Aufsichtsrat zuständig. Die Hauptversammlung kann nur indirekt, nämlich über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, auf die Zusammensetzung des Vorstandes einwirken. Auch eine Zuwahl durch den Vorstand selbst ist, anders als nach HGB,¹⁾ nach geltendem Recht nicht möglich,²⁾ und zwar auch dann nicht, wenn der Aufsichtsrat den Vorstand hierzu ermächtigt.³⁾

Infolge der strengen Regelung des Aktiengesetzes ist die Bestellung des Vorstandes durch einen Dritten, in unserem Fall die beteiligte öffentliche Körperschaft, unzulässig geworden.⁴⁾ Das HGB hatte dies nach herrschender Meinung nicht verboten;⁵⁾ allerdings ist ein solches direktes Bestellungsrecht eines Dritten nicht bekannt geworden.⁶⁾

noch Seite 103

- 1) Unternehmen bald in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten, Passow GWU S.119,172.
- 1) Prenzel, Diss. S.40; Staub-Pinner Anm.20 zu § 231 HGB; Wagner S.31.
- 2) Schmidt, Großkomm.Anm.2 zu § 75 AktG.
- 3) Schlegelberger-Quassowski Anm.3 zu § 75 AktG.
- 4) Schmidt, Großkomm. aaO; Schlegelberger-Quassowski aaO.
- 5) Bondi S.283; Haussmann, Tochtergesellschaft S.32; Staub-Pinner Anm.20 zu § 231 HGB; aM. Prenzel Diss.S.41.
- 6) Ebenso Vogel S.164.

Eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft kann sich gegenüber einer öffentlichen Körperschaft auch nicht vertraglich verpflichten, bestimmte Personen zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen. Da diese Funktion zwingend dem Aufsichtsrat übertragen ist, würde dieser insoweit gebunden, während er als Organ der Aktiengesellschaft frei und unabhängig, d.h. nach eigenem Ermessen den Vorstand zu bestellen hat.¹⁾

Häufig finden sich in Satzungen gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften Genehmigungsrechte öffentlicher Körperschaften hinsichtlich der Vorstandsbestellung wie z.B. das folgende:

"Die Bestellung des Vorstandes oder, falls dieser aus mehreren Personen besteht, die Bestellung des Vorsitzers und der technischen Mitglieder bedarf der Bestätigung der Aufsichtsbehörde."²⁾

Auch derartige Bestätigungsrechte waren früher gültig.³⁾ Nach heutigem Recht sind sie dagegen nichtig, da sie die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichtsrates verletzen.⁴⁾ Ein Gesellschaftsorgan kann eben, soweit nicht das Gesetz selbst etwas anderes bestimmt, in der Ausübung seiner körperschaftsrechtlichen Funktionen nicht von anderen Personen abhängig gemacht werden.⁵⁾

Deshalb ist auch ein anderes, oft verwendetes Mittel der Einflußnahme auf die Vorstandsbestel-

1) Vgl. oben S.62 und 75 f.

2) § 11 Abs.2 der Satzung der Elmshorn-Barmstedt-Oldesloher Eisenbahn AG.

3) Prenzel Diss.S.41 f.; Wagner S.31.

4) Schlegelberger-Quassowski Anm.3 zu § 75 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.2 zu § 75 AktG.

5) Vgl. oben S.62 und 75 f.

lung mit dem Gesetz nicht mehr¹⁾ vereinbar²⁾: ein bindendes satzungsmäßiges Vorschlagsrecht wie z.B. das folgende, das allerdings dem privaten Großaktionär eingeräumt wurde:

"Der Elektrizitäts-AG vormals Schuckert und Co. bleibt anheimgegeben, für den Vorstand geeignete Personen vorzuschlagen; der Aufsichtsrat wird die vorgeschlagenen Personen nur ablehnen, wenn nach seinem Ermessen wichtige Gründe vorliegen."³⁾

Nach dem Gesagten könnte ein derartiges Vorschlagsrecht auch nicht rechtswirksam in einem Vertrag mit der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft festgelegt werden. Aber öffentliche und private Beteiligte haben noch auf andere Weise Vorschlagsrechte vereinbart, wie folgendes Beispiel eines Vertrages zwischen öffentlichem und privatem Großaktionär zeigt:

"So lange die AEG zusammen mit ihr nahestehenden Gesellschaften 2 Millionen Stammaktien nominell der AG Unterelbe besitzt, hat sie das Recht, dem Aufsichtsrat Unterelbe Vorschläge bezüglich der Besetzung der Vorstandsmitgliederstellen ...zu machen. Die von der Stadt in den Aufsichtsrat Unterelbe entsandten Personen werden die von der AEG vorgeschlagenen Personen nur dann ablehnen, wenn wichtige Gründe hierfür sprechen."⁴⁾

Hier handelt es sich nicht um eine vertragliche Bindung des Aufsichtsrates an die Vor-

-
- 1) Über Zulässigkeit nach HGB Prenzel Diss.S.41.
 - 2) Möhring-Schwartz S.53; Schmidt, Satzungen S.88.
 - 3) § 15 der Satzung des Großkraftwerkes Franken AG in Nürnberg, zitiert bei Passow GWU S.171.
 - 4) Vertrag zwischen der Stadt Altona und der AEG, zitiert bei Passow GWU S.171.

schläge eines Aktionärs, sondern um die Verpflichtung eines Aktionärs gegenüber einem anderen Aktionär, die von ihm in den Aufsichtsrat entsandten Personen zur Abgabe der Stimmen für bestimmte Personen anzuweisen.¹⁾ Derartige Weisungen binden zwar die Aufsichtsratsmitglieder nicht.²⁾ Da aber die angeführte Vertragsbestimmung hierauf Rücksicht nimmt, wird man sie als gültig ansehen können. Damit steht den öffentlichen Körperschaften, die im Aufsichtsrat nicht die Majorität besitzen, ein wichtiges Mittel zur Beeinflussung der Vorstandsbestellung zur Verfügung.

Schließlich sind Satzungsbestimmungen denkbar, die den Kreis der bestellbaren Vorstandsmitglieder zugunsten der beteiligten öffentlichen Körperschaft einengen. Beispielsweise könnte vorgeschrieben werden, daß von mehreren Vorstandsmitgliedern eines einem Organ des beteiligten Gemeinwesens angehören muß.

Bei der Beurteilung einer solchen Bestimmung ist von folgendem Grundsatz auszugehen: die Auswahlmöglichkeit darf nicht so weit eingeschränkt werden, daß der Aufsichtsrat eine echte Auswahl nicht mehr treffen kann.³⁾ Dies ergibt sich aus der Verpflichtung des Aufsichtsrates, als Gesellschaftsorgan im Interesse der Gesellschaft die für die Unternehmensleitung am besten geeigneten Personen zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen. Als zulässig werden Voraussetzungen be-

1) Diese Auslegung dürfte dem von den Vertragsparteien Gewollten am ehesten entsprechen; eine Verpflichtung der öffentlichen Aufsichtsratsmitglieder selbst konnte nicht vereinbart werden, da diese Personen nicht am Vertragsschluß beteiligt waren.

2) Vgl. oben S.93 ff.

3) Möhring-Schwartz S.54.

züglich des Geschlechts, der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes und sogar des Aktienbesitzes angesehen.¹⁾

Etwas anderes wird bei dem Erfordernis der Zugehörigkeit zu einem Organ des beteiligten Gemeinwesens gelten müssen. Bei Bund, Ländern und Gemeinden wird schon von der beamtenmäßigen Zuständigkeit her immer nur ein kleiner Personenkreis für ein Vorstandsamt in der betreffenden Gesellschaft in Frage kommen. Von diesen Personen können wiederum mehrere fachlich nicht qualifiziert sein, da es sich um Beamte handelt, die in der Regel kaufmännisch nicht besonders ausgebildet sind. Der Aufsichtsrat kann seine Aufgabe, die am besten geeigneten Personen auszuwählen und zu Vorstandsmitgliedern zu bestellen, nicht erfüllen, wenn er lediglich aus diesem engen Kreis wählen kann. Es spielt dabei keine Rolle, ob es sich nur um einen oder um mehrere oder um alle Vorstandsposten handelt; denn jeden hat der Aufsichtsrat mit der nach seiner Überzeugung am besten geeigneten Person zu besetzen. Die Erfüllung dieser dem Aufsichtsrat vom Gesetz zwingend zugewiesenen Aufgabe darf die Satzung nicht unmöglich machen. Daher müssen Satzungsbestimmungen, die für Vorstandsmitglieder die Zugehörigkeit zu dem beteiligten Gemeinwesen vorschreiben, als unzulässig angesehen werden.²⁾

II. Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied.

Zur Verhinderung von Handlungen des Vorstandes, die öffentliche Interessen schädigen, kann für die

1) Möhring-Schwartz S.54;Schlegelberger-Quassowski Anm.4 zu § 75 AktG;Schmidt,Großkomm.Anm.7 zu § 75 AktG.

öffentlichen Körperschaften die Abberufung von Vorstandsmitgliedern ebenso wichtig sein wie ihre Bestellung.

Unter der Geltung des HGB konnte zwar die Bestellung des Vorstandes einem Dritten übertragen werden,¹⁾ sie konnte aber immer nur von der Gesellschaft widerrufen werden.²⁾ Das Aktiengesetz weist auch dieses Recht ausschließlich dem Aufsichtsrat zu (§ 75 Abs.3 AktG). Jedoch kann der Vorstand, anders als früher, nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes seines Postens enthoben werden. Daher sind Satzungsbestimmungen nichtig, die dem Aufsichtsrat das Recht einräumen, die Bestellung zum Mitglied des Vorstandes jederzeit zu widerrufen.³⁾

Andererseits kann dem Aufsichtsrat nicht durch die Satzung vorgeschrieben werden, was als wichtiger Grund für eine Abberufung des Vorstandes anzusehen sei. Denn der Aufsichtsrat als zuständiges Gesellschaftsorgan könnte seine Aufgabe dann nicht mehr in freier Entscheidung erfüllen, wie dies § 75 AktG verlangt.⁴⁾ Außerdem stehen derartige Satzungsbestimmungen nicht mit § 70 Abs. 1 AktG im Einklang, der dem Vorstand eine selbständige und eigenverantwortliche Stellung zuerkennt. Es kann nicht einerseits im Gesetz die hohe Verantwortlichkeit des Vorstandes festgelegt, andererseits aber von demselben Gesetz zugelassen werden, daß durch Satzungsbestimmungen,

noch Seite 108

2) Ebenso für die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder Jacusiel Sp.362.

1) Vgl. oben S.104.

2) Staub-Pinner Anm.16 und 20 zu § 231 HGB.

3) So aber § 10 Abs.1 der Satzung der Kleinbahn Tecklenburger Nordbahn (Rheine-Recke-Osnabrück)AG.

die im Ermessen der Hauptversammlung stehen, faktisch die jederzeitige Möglichkeit zur Abberufung des Vorstandes begründet wird.

Allerdings ist der Vorstand von der Hauptversammlung nicht vollkommen unabhängig. Denn als wichtiger Grund für seine Abberufung ist der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung anerkannt, weil das Vorstandsamt ein ausgesprochener Vertrauensposten ist.¹⁾ Aber diese Abhängigkeit des Vorstandes von der Mehrheit der Hauptversammlung ist rechtlich dadurch begrenzt, daß ein Abberufungsgrund nicht vorliegt, wenn die Hauptversammlung dem Vorstand das Vertrauen aus "völlig unsachlichen Gründen", nur "zum Vorwand", "willkürlich" oder "haltlos" entzogen hat.²⁾ Andernfalls wäre eben der hohen Verantwortung nicht Rechnung getragen, die den Vorstand trifft, und es wäre ihm ein sicheres, kontinuierliches Arbeiten aus Furcht vor grundloser Abberufung nicht möglich.³⁾

Durch die Möglichkeit des vertrauensentzuges ist den öffentlichen Körperschaften ein wichtiges Mittel in die Hand gegeben, mit dem sie auf die Abberufung des Vorstandes Einfluss nehmen können.

Allerdings dürfte hier die Gefahr willkürlicher, sachlich nicht begründeter Abberufung größer sein

noch Seite 109

4) BGHZ 8,348 (361); KG in JW 1939,492;Baumbach-Hueck Anm.5 C zu § 75 AktG;Ritter Anm.4 d zu § 75 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.9 zu § 75 AktG.

1) Amtliche Begründung zu § 75 AktG, abgedruckt bei Klausing,AktG S.62;BGHZ 13,188 (192 f.); Baumbach-Hueck Anm.5 C zu § 75 AktG.

2) BGHZ 13,188 (193); zustimmend Mestmäcker S.83 und Schmidt, Großkomm.Anm.14 zu § 75 AktG.

3) BGHZ 13, 188 (193).

als in Aktiengesellschaften, an denen nur private Aktionäre beteiligt sind. Wenn die Hauptversammlung aufgrund der Stimmenmehrheit des beteiligten Gemeinwesens dem Vorstand das Vertrauen entzieht, etwa weil er bei seiner Geschäftsführung das Gemeinwohl nicht genügend berücksichtigt habe,¹⁾ so kann dies zwar nicht von vornherein ein unsachlicher Grund sein, weil zu den Rechtspflichten des Vorstandes eben auch die Berücksichtigung des Gemeinwohls gehört (§ 70 Abs. 1 AktG); aber im Einzelfall kann das von der öffentlichen Kapitalmehrheit gemeinte öffentliche Interesse so wenig mit dem vom Vorstand in erster Linie zu verwirklichenden Gesellschaftsinteresse "zusammenhängen",²⁾ daß seine Berücksichtigung nicht sachgemäß gewesen wäre; dann wäre auch der Vertrauensentzug unsachlich. Maßstab müßte in solchen Fällen also das Gemeinwohl im Sinne des § 70 Abs. 1 AktG sein, das die Aktiengesellschaft nur zu berücksichtigen hat, nicht jedoch das Gemeinwohl, wie es die beteiligte öffentliche Körperschaft kraft ihrer öffentlichrechtlichen Aufgabenstellung zu fördern hat.³⁾

-
- 1) Beispiel: Nachdem der Vorstand des VW-Werkes es abgelehnt hatte, den Beschluß über die Preiserhöhung für Volkswagen rückgängig zu machen (vgl. oben S.6), wäre es denkbar gewesen, daß daraufhin die nächste Hauptversammlung mit den Stimmen des Bundes dem Vorstand die Entlastung versagt und damit das Vertrauen entzogen hätte.
 - 2) Vielleicht könnte hier ein Anhaltspunkt sein, wie weit sich der Öffentlichkeitsbereich des Gemeinwesens und der Tätigkeitsbereich der Aktiengesellschaft decken bzw. wie weit sie sich nicht decken, vgl. oben S.52 f.
 - 3) Vgl. oben S.28.

Auch das bloße Verlangen des beteiligten Gemeinwesens nach Abberufung ist nicht ohne weiteres ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes, da eine öffentliche Körperschaft in einer Aktiengesellschaft grundsätzlich keine andere Stellung einnimmt als jeder private Aktionär. Anders kann die Forderung des beteiligten Gemeinwesens dann beurteilt werden, wenn es der Aktiengesellschaft etwa gleichzeitig als Verleiher einer Konzession für die Benutzung öffentlicher Wege gegenübersteht. Droht das Gemeinwesen in diesem Fall aus berechtigtem Anlaß mit dem Entzug der für das Unternehmen lebenswichtigen Konzession, so kann dies für den Aufsichtsrat nach Lage des einzelnen Falles ein wichtiger Grund sein, den Vorstand abzurufen. Der Vorstand wird aber in einem solchen Falle regelmäßig seine Pflichten verletzt haben, so daß schon deshalb ein Abberufungsgrund gegeben ist. Allerdings kann, wenn der Aufsichtsrat in seiner Entscheidung schwankt, das Verlangen des beteiligten öffentlichen Konzessionsverleihers unter Umständen den Ausschlag für die Abberufung geben.

Die amtliche Begründung zum Aktiengesetz führt für Gesellschaften, die einer besonderen Aufsicht unterliegen, als wichtigen Grund für die Abberufung des Vorstandes auch das Verlangen der Aufsichtsbehörde an.¹⁾ Damit sind aber öffentliche Körperschaften gemeint, die eine besondere, spezialgesetzlich geregelte Aufsicht ausüben, z.B. über Energieversorgungs-, Versicherungs- oder Bankunternehmen, nicht dagegen solche, die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften als Aktionäre beteiligt sind; denn diese sind der Gesellschaft

1) Amtliche Begründung zu § 75 AktG, abgedruckt bei Klausning, AktG S.62.

nicht in einem Aufsichtsverhältnis übergeordnet.

§ 10 Tätigkeit des Vorstandes.

I. Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck.

Die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften können die Geschäftsführung des Vorstandes unmittelbar beeinflussen, indem sie Satzungsbestimmungen herbeiführen, welche diese Geschäftsführung direkt betreffen. Der Vorstand ist an die Vorschriften der Satzung körperschaftsrechtlich gebunden.

In diesem Zusammenhang sind Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck zu unterscheiden.¹⁾

Der Gegenstand des Unternehmens einer Aktiengesellschaft muß nach § 16 Abs.3 Nr.2 AktG in der Satzung bezeichnet werden. Damit ist der nähere Bereich gemeint, in dem die Aktiengesellschaft tätig zu werden beabsichtigt.²⁾

Vom Gegenstand des Unternehmens als Tätigkeitsbereich ist begrifflich der Zweck der Tätigkeit zu unterscheiden. Das Verhältnis zwischen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck geht dahin, daß der Unternehmensgegenstand das im Einzelfall zur Erreichung des allgemeinen Zweckes gewählte spezielle Mittel ist.³⁾ Der Gesellschaftszweck ist bei der Aktiengesellschaft in der Regel wirtschaftlicher, genauer erwerbs-

1) In der Literatur werden beide Ausdrücke meist synonym verwendet, vgl. z.B. Würdinger S.32.

2) Baumbach-Hueck Anm.4 C zu § 16 AktG; Fischer, Großkomm. Anm.11 zu § 16 AktG.

3) Fischer, Aktiengesellschaft S.89.

wirtschaftlicher Art, ohne daß dies in der Satzung gesagt werden muß und gesagt wird.¹⁾ Der Gesellschaftszweck kann aber auch auf nicht-erwerbswirtschaftliche Ziele gerichtet sein.²⁾ Dies wird als Ausnahme von der Regel in der Satzung stets hervorgehoben.

Der in der Satzung bestimmte Unternehmensgegenstand ist als Grundlage für die Geschäftsführung des Vorstandes äußerst bedeutsam. Der Vorstand ist bei seiner Tätigkeit an den durch den Unternehmensgegenstand abgegrenzten Geschäftsbereich gebunden.³⁾ Welche Geschäfte danach dem Vorstand erlaubt sind, ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln. Um Klarheit zu schaffen, können einzelne Geschäfte in der Satzung verboten werden, z.B. die Errichtung neuer Betriebe oder bestimmte Spekulationsgeschäfte.⁴⁾ Dadurch ist es den öffentlichen Körperschaften möglich, in gewissem Umfang das Risiko zu begrenzen und einer unvorsichtigen Geschäftsführung entgegenzuwirken.

Als Beispiel für eine besondere Ausgestaltung des Unternehmensgegenstandes bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften sei § 3 Abs. 2

1) Fischer, Aktiengesellschaft S.89,358.

2) Vgl. Schmidt, Großkomm. Anm.2 zu § 3 AktG und oben S.33 f.

3) Mißverständlich Würdinger S.32, der davon spricht, es sei durch Auslegung zu ermitteln, ob und inwieweit in der Bestimmung des Unternehmensgegenstandes eine Verpflichtung enthalten sei, Maßnahmen zu unterlassen, die über diesen Gegenstand hinausgreifen. Es dürfte doch nicht zweifelhaft sein, daß eine derartige Bindung des Vorstandes besteht, da die Satzung die Rechte und Pflichten gerade der Gesellschaftsorgane neben dem Gesetz regelt. Der Auslegung kann nur überlassen bleiben, wie weit die Bindung reicht, also welche Geschäfte im Einzelfall noch durch den Unternehmensgegenstand gedeckt sind.

der Satzung der gemischtwirtschaftlichen Hamburger Hochbahn AG angeführt. Dort ist als Gegenstand des Unternehmens insbesondere die Ausführung des Vertrages bestimmt, den die Gesellschaft mit der Stadt Hamburg zur Förderung der öffentlichen Verkehrsinteressen abgeschlossen hat; weiter heißt es, die Gesellschaft könne mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde auch Geschäfte betreiben, die außerhalb des mit Hamburg geschlossenen Vertrages lägen.

Es ist fraglich, ob eine solche Satzungsklausel der Vorschrift des § 16 Abs.3 Nr. 2 AktG genügt, wonach die Satzung den Gegenstand des Unternehmens "bestimmen" muß.¹⁾ Die zum Schutz der Aktionäre und der Gläubiger erforderliche Bestimmtheit des Unternehmensgegenstandes ist nur bei genauen Angaben gewährleistet; daher sind z.B. Bezeichnungen wie "Betrieb von Handelsgeschäften aller Art" oder "Beteiligung an anderen Unternehmungen" unzulässig.²⁾ Der Gegenstand des Unternehmens ist noch weniger genau bestimmt, wenn einem Dritten überlassen bleibt, die Art der zu betreibenden Geschäfte zu bezeichnen. In Wirklichkeit läßt die Satzung durch eine

noch Seite 114

4) von Godin-Wilhelmi Anm.II 1 zu § 74 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.4 zu § 74 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.1 zu § 74 AktG; Würdinger S.133.

1) Über die Problematik, die sich aus der Aufnahme ganzer Verträge in die Satzung ergibt, vgl. oben S.78 ff.

2) Allerdings sind die Meinungen darüber, wie weit der Unternehmensgegenstand zu bestimmen sei, nicht einheitlich. Während die Praxis meist sehr großzügig verfährt, verlangt die wohl h.M. im Schrifttum nähere Angaben, vgl. Baumbach-Hueck Anm.4 C zu § 16 AktG.; Fischer,

solche Klausel den Unternehmensgegenstand offen, so daß ein Verstoß gegen die zwingende Norm des § 16 Abs. 3 Nr. 2 AktG vorliegt. Diese Art der Bindung der Vorstandstätigkeit ist also rechtlich ausgeschlossen. -

Rechtlich und praktisch bedeutsamer sind Satzungsbestimmungen, die den Gesellschaftszweck betreffen und das erwerbswirtschaftliche Prinzip zugunsten gemeinnütziger Ziele modifizieren. Hierzu seien zwei Beispiele angeführt:

- 1) "Die Gesellschaft übt ihre Tätigkeit im Interesse der Bevölkerung ihres Verkehrsgebietes nach kaufmännischen und wirtschaftlichen Grundsätzen aus."¹⁾
- 2) "Gegenstand des Unternehmens ist die Versorgung des gesamten Gebietes der Freien und Hansestadt Hamburg mit elektrischer Energie und Wärme unter der sich danach ergebenden Berücksichtigung der öffentlichen Interessen."²⁾

Um die Bedeutung solcher Satzungsbestimmungen zutreffend würdigen zu können, wird man zwei Fragen auseinander halten müssen: das Problem der Berücksichtigung des Gemeinwohls und die Frage der Unternehmensführung nach gemeinnützigen Gesichtspunkten. Zwar wird mit der Erfüllung von Gemeinwohlverpflichtungen in der Regel auch Verzicht auf Gewinn verbunden sein. Aber dies geschieht von Fall zu Fall und ist etwas anderes als wenn die Gesellschaft

noch Seite 115

- 2) Großkomm. Anm. 11 zu § 16 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm. 12 zu § 16 AktG; weniger streng Ritter Anm. 5 e zu § 16 AktG und Teichmann-Koehler Anm. 5 b zu § 16 AktG.
- 1) § 2 Abs. 1 des Satzungsentwurfs der Tecklenburger Nordbahn AG.
- 2) § 2 Abs. 1 der Satzung der Hamburgischen Electricitätswerke AG (HEW).

ihr Unternehmen dem Prinzip nach auch gemeinnützigen Zwecken dienstbar macht, da sie in diesem Fall von vornherein und unabhängig von später sich ergebenden Gemeinwohlverpflichtungen teilweise auf Gewinn verzichtet.

Ändern nun die angeführten Satzungsbestimmungen die sich aus § 70 Abs. 1 AktG ergebende Verpflichtung der Aktiengesellschaft und des Vorstandes, das Gemeinwohl zu berücksichtigen?

Wenn die erstgenannte Satzungsklausel bestimmt, daß die Gesellschaft ihre Tätigkeit im Interesse der Bevölkerung ihres Verkehrsgebietes ausübt, so will sie damit die Gemeinwohlverpflichtung in dieser einen Beziehung konkretisieren. Es bleibt allerdings, wie bei der allgemeinen Gemeinwohlklausel des § 70 Abs. 1 AktG,¹⁾ auch insoweit die Frage, ob diese Gemeinwohlverpflichtung positive rechtliche Bedeutung haben kann. Diese Frage bezieht sich nicht nur auf die weitere Inhaltsbestimmung des Begriffes "Interesse der Bevölkerung des Verkehrsgebietes",²⁾ sondern - damit zusammenhängend - vor allem auf die Natur der Verpflichtung.

Eine rechtliche Verpflichtung gegenüber der "Bevölkerung des Verkehrsgebietes" würde einmal voraussetzen, daß diese Bevölkerung als rechtlicher "Gegenpol" ein organisiertes Rechtssubjekt wäre,³⁾ was nicht der Fall ist; zum anderen bleibt die Gesellschaft ja wirtschaftliches Unternehmen, wie der Hinweis auf die kaufmännischen und wirtschaftlichen Grundsätze

1) Vgl. hierzu oben S.40 ff. und 50 ff.

2) Vgl. dazu die Beispiele oben S.22 f.

3) Vgl. Westermann S.265: "Es fehlt...der rechtlich faßbare Pol, dem gegenüber die Verantwortung besteht."

bestätigen soll; für ein solches Unternehmen ist primärer Maßstab **seiner** Tätigkeit naturgemäß der wirtschaftliche Unternehmensgegenstand,¹⁾ und das Wohl der Bevölkerung des Verkehrsgebietes kann nur in diesem Rahmen irgendwie berücksichtigt werden. Immerhin ist dem Vorstand mit der Benennung der Interessen der Bewohner des Verkehrsgebietes eine bestimmtere Richtung für seine Geschäftsführung gewiesen als dies die allgemeine Gemeinwohlklausel des § 70 Abs. 1 AktG und der Hinweis auf die öffentlichen Interessen in der an zweiter Stelle angeführten Satzungsbestimmung vermögen.

Dementsprechend wird die "negative" rechtliche Bedeutung der Gemeinwohlbindung verstärkt: einmal darf der Vorstand aus Rücksichtnahme auf die - von ihm in bestimmter Weise verstandenen - Interessen der Bevölkerung in weitergehendem Maße als der Vorstand einer rein privaten Aktiengesellschaft²⁾ auf Gewinn verzichten, ohne dadurch seine Sorgfaltspflicht zu verletzen; zum anderen wäre ein Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung wegen Nichtberücksichtigung der "Interessen der Bevölkerung des Verkehrsgebietes" eher gerechtfertigt (d.h. nicht "völlig unsachlich") als bei einer Gesellschaft, deren Vorstand nur die allgemeine Verpflichtung des § 70 Abs. 1 AktG trifft.³⁾

Die Bedeutung der zweiten Satzungsklausel dürfte kaum über § 70 Abs. 1 AktG hinausgehen, weil unklar bleibt, welches die öffentlichen Interessen sind, die sich bei der Versorgung mit

1) Vgl. oben S.41 und 51.

2) Vgl. oben S.42 f.

3) Vgl. oben S.110 f.

elektrischer Energie und Wärme ergeben. Immerhin sind damit "Versorgungsinteressen"¹⁾ angedeutet.

Was nun die Frage der Unternehmensführung nach gemeinnützigen Grundsätzen angeht, so kann man aus den oben wiedergegebenen Satzungsverschriften eine grundsätzliche Einschränkung des Erwerbsprinzips wohl kaum herauslesen. Es soll hier nicht weiter versucht werden, jene Bestimmungen näher auszulegen. Vielmehr soll das grundsätzliche Problem untersucht werden, ob und inwieweit der Vorstand bei seiner Geschäftsführung das Erwerbsprinzip verlassen darf.²⁾ Damit ist gleichzeitig die Frage gestellt, ob und auf welche Weise die beteiligte öffentliche Körperschaft den Vorstand zu einem Abgehen vom Grundsatz der Erzielung größtmöglichen Gewinnes veranlassen darf.

Die Antwort auf diese Fragen hängt von der rechtlichen Bedeutung des Gewinnprinzips in der Aktiengesellschaft ab. Wenn dieses Prinzip durch die Satzung normative Geltung erlangt, so ist der Vorstand bei seiner Geschäftsführung an es gebunden und darf es nicht ohne vorherige Satzungsänderung verlassen.

Es wurde bereits darzulegen versucht,³⁾ daß der Erwerbsgrundsatz an sich kein juristisches Essentiale der Aktiengesellschaft ist, da diese

1) Vgl. oben S.21.

2) Hiermit ist also nicht der zeitweilige Verzicht auf Gewinn aus Rücksicht auf Gemeinwohlbindungen gemeint, sondern die planmäßige Ausrichtung der Geschäftspolitik nach gemeinnützigen Gesichtspunkten.

3) Vgl. oben S.39 f.

Gesellschaftsform für jeden erlaubten Zweck verwendet werden kann, daß er aber kraft der Verbandsautonomie der Gründer und Aktionäre in der Satzung mit normativer Geltung ausgestattet wird, wenn der Betrieb eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens zum Unternehmensgegenstand gemacht wird.

Dies ist zunächst dadurch gerechtfertigt, daß ein Wirtschaftsunternehmen regelmäßig unter Erwerbsgesichtspunkten geführt wird, und daß dieser Grundsatz deshalb in der Satzung nicht besonders hervorgehoben zu werden braucht; er wird also stillschweigend zum Satzungsinhalt erklärt. Aus dieser Tatsache allein folgt die verbindliche Geltung des Erwerbsprinzips freilich nicht. Entscheidend ist vielmehr, daß die Gewinnmaxime Voraussetzung der Aktionärsbeteiligung an dem konkreten Unternehmen ist und daher von dem Rechtsgeltungswillen der Aktionäre, der sich in der Satzung niederschlägt, umfaßt wird. Ist schon der in der Satzung bestimmte Unternehmensgegenstand für alle an einer Aktiengesellschaft Beteiligten rechtsverbindlich, so muß es erst recht der Gesellschaftszweck sein, um dessentwillen sich die Aktionäre zusammenschlossen haben.

Die besondere Bedeutung und die rechtliche Geltung des Gesellschaftszweckes werden durch die im Schrifttum vertretene Ansicht bestätigt, daß seine Änderung der Zustimmung aller Mitglieder, d.h. eines einstimmigen Beschlusses der Hauptversammlung bedürfe,¹⁾ während die

1) Fischer, Aktiengesellschaft S.358; Haussmann, Aktienwesen S.40; Fischer, Großkomm. Anm.11 zu § 16 AktG.

Änderung des Unternehmensgegenstandes durch qualifizierten Mehrheitsbeschluß (§§ 145, 146 AktG) möglich ist. Das Erfordernis der Einstimmigkeit wird zum Teil mit dem Hinweis auf § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB,¹⁾ zum Teil mit einem angeblichen Sonderrecht des einzelnen Aktionärs begründet.²⁾ Für die hier interessierende und bereits bejahte Frage der Bindung des Vorstandes an den Gesellschaftszweck ist es an sich zweitrangig, ob dieser Zweck nur durch einstimmigen Beschluß der Hauptversammlung geändert werden kann oder ob ein Beschluß mit Dreiviertel-Mehrheit genügt. Doch die bisherigen Ausführungen ergeben auch eine Antwort auf diese zweite Frage.

Die Aktionäre sind in allem, was im Rahmen des gemeinsamen Interessenbereiches zu regeln ist, dem Mehrheitswillen unterworfen. Wenn jedoch die Voraussetzungen des gesellschaftlichen Zusammenschlusses geändert werden sollen, so müssen alle Mitglieder zustimmen. Das ist für den Fall der Zwangseinziehung von Aktien (§ 192 AktG) anerkannt,³⁾ ebenso für den

-
- 1) So Fischer, Aktiengesellschaft aaO und Fischer, Großkomm.aaO; allerdings erscheint die unkritische Anwendung des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB bedenklich, vgl. Schmidt, Großkomm. Anm. 3 zu § 1 AktG, der die §§ 32 ff. BGB (mit Ausnahme des § 35 BGB) für unanwendbar hält.
 - 2) So Haussmann, Aktienwesen aaO; gegen diese Begründung spricht schon der verwendete Ausdruck: der allen Mitgliedern gemeinsame Zweck kann schwerlich ein Sonderrecht jedes einzelnen Mitgliedes sein; als Sonderrecht wird denn auch heute überwiegend nur die Bevorrechtigung einzelner Mitglieder oder Gruppen von Mitgliedern angesehen, die nicht allgemeiner Natur sind, sondern durch die Satzung besonders begründet werden, so Baumbach-Hueck Übersicht vor § 48 AktG Anm. 4 A, B; Ritter Anm. 2 d (bb) zu § 102 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm. 10 zu § 1 AktG; gegen die bisher aufgestellten Sonderrechtstheorien wenden sich auch Mestmäcker S. 7 ff. (10 f.) und Würdinger S. 42 f.

Entzug des Rechts auf den Liquidationserlös und des Dividendenrechts.¹⁾ Es bedeutet einen Verzicht auf Gewinn und auf Dividendenausschüttung, wenn die Aktiengesellschaft von der erwerbswirtschaftlichen auf gemeinnützige Unternehmensführung übergeht. Deshalb ist die Zustimmung aller Aktionäre erforderlich.

Die Bindung des Vorstandes an den erwerbswirtschaftlichen Unternehmenszweck ist demnach noch stärker als die Verpflichtung, Geschäfte nur im Rahmen des Unternehmensgegenstandes zu betreiben, so daß an die Auslegung von Satzungsbestimmungen in Richtung auf ein Abgehen vom Ertragsgrundsatz noch strengere Anforderungen zu stellen sind als an die Auslegung der Vorschriften über den Unternehmensgegenstand.

II. Weisungs- und Genehmigungsrechte.

Im Rahmen der Bindung an Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck bleibt dem Vorstand eine weitgehende Selbständigkeit bei der Geschäftsführung. Sie birgt für die beteiligten öffentlichen Körperschaften Gefahren sowohl hinsichtlich ihres Interesses an vorsichtiger und möglichst risikoloser Geschäftspolitik als auch in bezug auf die Berücksichtigung des Gemeinwohls. Diesen Gefahren suchen die beteiligten

noch Seite 121

3) Baumbach-Hueck Anm. 1 A zu § 192 AktG; von Godin-Wilhelmi Anm. I e zu § 192 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm. 13 zu § 192 AktG; Würdinger S. 44.

1) BGHZ 23, 150 (154 f.); Würdinger S. 44.

Gemeinwesen häufig dadurch zu begegnen, daß sie den anderen Gesellschaftsorganen, vor allem dem Aufsichtsrat, sowie sich selbst Weisungs- und Genehmigungsrechte hinsichtlich der Geschäftsführung des Vorstandes vorbehalten. Mit ihrer Hilfe können sie die Unternehmensführung stark beeinflussen und teilweise sogar mitbestimmen.

Der Aufsichtsrat ist im Gegensatz zum Recht des HGB¹⁾ nach dem Aktiengesetz von der Geschäftsführung, von wenigen Ausnahmen abgesehen, ganz ausgeschlossen und auf Überwachungs- und Kontrollrechte beschränkt.²⁾ Weisungen kann der Aufsichtsrat dem Vorstand heute nicht mehr erteilen, weder allgemeine noch spezielle. Deshalb ist die folgende Satzungsbestimmung als nichtig anzusehen:

"Der Vorstand hat die vom Aufsichtsrat zu erlassende allgemeine Geschäftsanweisung sowie die einzelnen Beschlüsse des Aufsichtsrates und seiner Ausschüsse zu befolgen."³⁾

Der Vorstand ist an eine derartige Vorschrift nicht gebunden und kann nicht deshalb abberufen werden, weil er sie nicht befolgt.

Dagegen können der Aufsichtsrat selbst oder die Satzung bestimmen, daß gewisse Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden sollen, § 95 Abs. 5 S. 2 AktG. Es handelt sich dabei um eine für den Einfluß der öffentlichen Körperschaften sehr wichtige Bestimmung. Denn je mehr Geschäfte der Vorstand vom Aufsichtsrat genehmigen lassen muß, desto mehr muß er mit dem Aufsichts-

1) Vgl. oben S. 100.

2) Allerdings vermag der Aufsichtsrat nicht selten die Geschäftsführung zu beeinflussen, vgl. im folgenden sowie unten S. 147.

rat, in dem die öffentlichen Körperschaften in der Regel stark vertreten sind,¹⁾ zusammenarbeiten. Auf der anderen Seite ist ein Aufsichtsrat, der seine Überwachungsaufgabe ernst nimmt, genötigt, sich mit der Geschäftspolitik im ganzen vertraut zu machen, wenn er einzelne Maßnahmen auf ihre Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit hin beurteilen will. Daraus ergibt sich eine enge Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Aufsichtsrat bis hin zur gemeinsamen Festlegung der Geschäftspolitik, ohne daß dadurch das Gesetz verletzt wird.²⁾ Daneben schaffen Genehmigungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrates die Möglichkeit, Geschäftsführungsmaßnahmen zu verhindern, die den Interessen der beteiligten öffentlichen Körperschaften zuwiderlaufen.

Gerade bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften enthalten die Satzungen umfangreiche Kataloge derjenigen Geschäfte, die der Vorstand nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vornehmen darf. Der große Umfang der genehmigungsbedürftigen Geschäftshandlungen erreicht in manchen Fällen die Grenze des rechtlich Zulässigen. Denn nach dem Gesetz dürfen nur "bestimmte Arten" von Geschäften, nicht aber alle wichtigen Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates unterworfen werden, da sonst der Aufsichtsrat anstelle des Vorstandes verantwortliches Leitungsorgan der

noch Seite 123

3) § 7 Abs. 3 der Satzung der Berliner Kraft- und Licht AG (Bewag).

1) Vgl. oben S.100.

2) Mestmäcker S.87 f. und oben S.102.

Aktiengesellschaft würde, was gegen die zwingende gesetzliche Zuständigkeitsordnung verstieße.¹⁾

Diese Gefahr wird noch erhöht durch die Befugnis des Aufsichtsrates, auch selbst genehmigungsbedürftige Geschäftshandlungen zu bestimmen; dieses Recht ist in manchen Satzungen sogar wiederholt.

In gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften werden naturgemäß gerade solche Geschäfte der Zustimmung des Aufsichtsrates vorbehalten, die öffentliche Interessen berühren, z.B. die Festsetzung von Strom- und Beförderungstarifen. Bemerkenswert ist auch, daß oft Verträge mit den beteiligten öffentlichen Körperschaften als genehmigungsbedürftig statuiert werden. Dadurch tritt der Fall ein, daß ein Gemeinwesen nicht nur als Vertragschließender, sondern indirekt auch auf der Gegenseite bei der Gesellschaft als Vertragskontrahenten über die Vertreter der öffentlichen Interessen²⁾ im Aufsichtsrat am Vertragsschluß beteiligt ist. Rechtlich ist dies allerdings so lange nicht zu beanstanden, als damit nicht unzulässige Vertragsinhalte durchgesetzt werden. -

Anders als dem Aufsichtsrat können der Hauptversammlung keine Genehmigungsrechte gegenüber dem Vorstand eingeräumt werden. Weisungsrechte sind ebenfalls ausgeschlossen, jedoch mit der einen Ausnahme, daß der Vorstand selbst eine Frage der Geschäftsführung nach § 103 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung zur Entscheidung vorlegt. Die Satzung kann dem Vorstand aber nicht

-
- 1) Baumbach-Hueck Anm. 7 B zu § 95 AktG; von Godin-Wilhelmi Anm. II 1 zu § 95 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm. 20 zu § 95 AktG; Werth S. 28 f.
 - 2) Nicht: Vertreter des Gemeinwesens, da dieses ja nicht Mitglied des Aufsichtsrates sein kann.

vorschreiben, wann er dies zu tun habe, da es im Ermessen des Vorstandes liegt, wann er von diesem Mittel Gebrauch machen will, und da andernfalls die vom Gesetz gewollte scharfe Trennung der Befugnisse von Vorstand und Hauptversammlung beseitigt würde; denn die Hauptversammlung könnte dann durch satzungsändernde Mehrheitsbeschlüsse den Vorstand weitgehend von sich abhängig machen. -

Hiernach können erst recht nicht einem Gemeinwesen als Nicht-Organ Weisungs- und Genehmigungsrechte gegenüber dem Vorstand zugbilligt werden, und zwar weder in der Satzung noch in Verträgen mit der Gesellschaft. Über die gesetzlich festgelegten Abhängigkeiten hinaus darf der Vorstand bei seiner Geschäftsführung keinen gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen unterworfen werden.

Nun lassen sich die öffentlichen Körperschaften in Konzessions-, Subventions- und anderen Verträgen mit gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften allerdings Rechte einräumen, welche mehr oder weniger die Zuständigkeit des Vorstandes berühren. Die Gesellschaft soll entweder Handlungen vornehmen oder auf Verlangen der öffentlichen Körperschaft vornehmen, Maßnahmen unterlassen oder sie nur mit Genehmigung oder nur bei fehlendem Einspruch der öffentlichen Körperschaft ergreifen. Die vertraglich fixierten Handlungen betreffen den außerbetrieblichen wie den innerbetrieblichen Bereich.

Den außerbetrieblichen Bereich berühren z.B. folgende Vertragsbestimmungen:

- 1) Die Verpflichtung, die öffentliche Straßenbeleuchtung gegen Erstattung der Selbstkosten einzurichten, zu unterhalten und zu bedienen.
- 2) Die Verpflichtung, auf Verlangen der Stadt neue Verkehrslinien einzurichten.
- 3) Das Verbot, die Straßenbahntarife ohne Genehmigung der Stadt zu erhöhen.

Dem innerbetrieblichen Bereich sind beispielsweise folgende Vereinbarungen zuzurechnen:

- 4) Die Verpflichtung, zu Maschinenführern nur Personen zu bestellen, die in bestimmter Weise ausgebildet sind.
- 5) Die Verpflichtung, Bedienstete auf Erfordern der Aufsichtsbehörde zu entlassen, wenn sie sich als unfähig oder unzuverlässig erwiesen haben.
- 6) Die allgemeine Genehmigungsbefugnis der Stadt für die Anstellung von Personal.

Zunächst gilt es folgendes auseinander zu halten. Die Aktiengesellschaft kann sich als solche wie jede Privatperson vertraglichen Verpflichtungen unterwerfen,¹⁾ die der Vorstand als geschäftsführendes Organ dann zu beachten und zu erfüllen hat. Kein Vertrag mit einer Aktiengesellschaft kann allein schon deshalb in Zweifel gezogen werden, weil seine Erfüllung den Vorstand zwingt, in bestimmter Weise tätig zu werden. Dem Vorstand kann auch nicht aufgrund der ihm in § 70 Abs. 1 AktG eingeräumten Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit eine größere rechtliche Freiheit zustehen als der Aktiengesellschaft, für die er handelt. Verträge der Aktiengesellschaft mit Dritten können also wegen § 70 Abs. 1 AktG nicht grundsätzlichen rechtlichen Bedenken unterliegen.

1) Ob etwa sittenwidrige Knebelung vorliegt, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Wenn jedoch der Dritte, wie hier das Gemeinwesen, Aktionär ist, so kann sich die Bindung der Aktiengesellschaft dahin auswirken, daß der Vorstand, der an die Verpflichtungen der Aktiengesellschaft gebunden ist, dadurch auch a l s O r g a n rechtlichen Beschränkungen gegenüber einem Aktionär unterworfen wird, die mit der gesetzlich statuierten Selbständigkeit des Vorstandes nicht in Einklang stehen. Die gesetzliche Zuständigkeitsordnung, die eine direkte Beeinflussung der Vorstandstätigkeit durch einen einzelnen Aktionär nicht kennt und verbietet, kann also verletzt werden.

Eine solche Beeinträchtigung der selbständigen Stellung des Vorstandes dürfte dann vorliegen, wenn dem Vorstand die Entscheidungsfreiheit hinsichtlich einer Maßnahme der Geschäftsführung in der Weise genommen wird, daß sein Ermessen letztlich von dem öffentlichen Aktionär anstelle des Vorstandes ausgeübt wird oder von ihm nicht frei ausgeübt werden kann, weil dem beteiligten Gemeinwesen ein Genehmigungsrecht zusteht. Dies zeigt sich dann darin, daß die öffentliche Körperschaft über ihre Aktionärsstellung hinaus praktisch zu einem weiteren, vom Gesetz nicht zugelassenen Organ neben dem Aufsichtsrat wird, das die Geschäftsführung des Vorstandes beeinflußt.

Bevor wir nun die angeführten Bestimmungen unter diesen Gesichtspunkten betrachten, muß noch verdeutlicht werden, wann denn dem Vorstand die Entscheidungsfreiheit zugunsten der öffentlichen Körperschaft als Aktionärs genommen wird. Dies wird der Fall sein, wenn dem Vorstand bei einer Maßnahme der Geschäftsführung an sich ein Ermessensspielraum verbleibt, wenn also die

Handlung als solche nicht schon durch genaue Merkmale rechtlich fixiert ist. Das mag nun an den sechs Beispielen verdeutlicht werden.

Die Klausel 1) nimmt dem Vorstand keinerlei Entscheidungsbefugnis, weil die Verpflichtung der Gesellschaft genau festgelegt ist und die öffentliche Seite kein Ermessen ausüben soll, das dem Vorstand zusteht. Gleiches gilt für das Beispiel 4), wo dem Vorstand im Rahmen der im einzelnen bestimmten Verpflichtung die Entscheidungsfreiheit im übrigen verbleibt.

Dagegen wird in den anderen vier Fällen dem öffentlichen Aktionär ein Ermessen eingeräumt, das nach § 70 Abs. 1 AktG allein dem Vorstand zusteht; nur er hat zu beurteilen - da konkrete Verpflichtungen der Aktiengesellschaft insoweit eben nicht festgelegt sind - wann neue Verkehrslinien eingerichtet, die Tarife erhöht, Angestellte entlassen oder eingestellt werden sollen. Diese Bestimmungen sind daher unwirksam. Sie würden einem Aktionär Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse geben, die nur dem Vorstand und dem Aufsichtsrat zukommen.

In diesen vier Fällen wird die Gesetzwidrigkeit der Vertragsklauseln auch an folgendem deutlich: Wenn der Vorstand die genannten Maßnahmen nicht treffen kann, obwohl es ihm erforderlich scheint, so übt er sein Amt nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters aus, wie § 84 Abs. 1 S.1 AktG es ihm vorschreibt; er kann sich dabei gerade nicht auf jene Vertragsbestimmungen berufen, weil § 70 Abs. 1 AktG ihn eben verpflichtet, jene Entscheidungen nach eigenem Ermessen, nicht nach demjenigen eines Aktionärs,

zu treffen.

Einer Prüfung unter den vorstehend angedeuteten Gesichtspunkten würden nun freilich, wie die Beispiele zeigen, zahlreiche, vor allem in Konzessionsverträgen zwischen öffentlichen Körperschaften und gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften (an denen jene Körperschaften beteiligt sind) getroffene Vereinbarungen nicht Stand halten können. Die dargelegte Ansicht braucht jedoch, auch wenn es auf den ersten Blick so scheinen mag, aus diesem Grunde nicht falsch zu sein. Die Ausgestaltung der Wegekonzessionsverträge zu Betriebskonzessionen für die betreffenden Unternehmen beruht auf einem - durch das öffentliche Wege-monopol ermöglichten - "détournement de pouvoir" der öffentlichen Verwaltung¹⁾ und ist deshalb schon verwaltungsrechtlich äußerst bedenklich.²⁾ Es verwundert deshalb nicht, daß der Unterwerfung der betreffenden Unternehmen unter die sehr weitgehenden Konzessionsbedingungen auch spezielle Normen des privaten Gesellschaftsrechts entgegenstehen.

III. Kontrollrechte.

Die öffentlichen Körperschaften versuchen nicht nur, die Geschäftsführung des Vorstandes durch Weisungs- und Genehmigungsrechte in bestimmte Richtungen zu lenken. Sie begegnen den mit der selbständigen Stellung des Vorstandes verbundenen Gefahren einer risikoreichen Geschäftspolitik und überhaupt einer Vernachlässigung öffentlicher Interessen auch durch starke Kontrollen der Unternehmensführung.

1) Huber S.566.

2) Huber S.566 f. und oben S.71.

Das zuständige Kontrollorgan ist der Aufsichtsrat (§ 95 Abs. 1 AktG). Er nimmt mindestens vierteljährlich Berichte des Vorstandes über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens entgegen. Außerdem hat der Vorstand dem Vorsitz der Aufsichtsrates oder dessen Stellvertreter bei wichtigen Anlässen Bericht zu erstatten (§ 81 AktG). Darüberhinaus kann der Aufsichtsrat vom Vorstand jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen; ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied kann nur Berichtserstattung an den Gesamt-Aufsichtsrat fordern (§ 95 Abs. 2 AktG). Auch die Genehmigungsbefugnis des Aufsichtsrates zu bestimmten Arten von Geschäften (§ 95 Abs. 5 AktG) dient Kontrollzwecken.

Die Satzung kann alle diese Bestimmungen nicht einschränken, aber zugunsten des Aufsichtsrates erweitern.¹⁾ Es dürfte auch zulässig sein, in der Satzung festzulegen, was als wichtiger Anlaß im Sinne des § 81 AktG anzusehen ist; eine solche Bestimmung könnte aber nicht den Sinn haben, daß der Aufsichtsrat bei Vorliegen eines derartigen Umstandes verpflichtet sein sollte, einen Bericht zu verlangen, sondern könnte nur bedeuten, daß der Vorstand in keinem solchen Falle den Bericht verweigern dürfte.

Außerdem darf jedem Aufsichtsratsmitglied ein den Vorstand bindendes Recht auf Berichtserstattung an sich selbst eingeräumt werden;²⁾ ein solches Recht kann gerade für die Vertreter der öffentlichen Körperschaften im Aufsichtsrat vorteilhaft sein.

1) Baumbach-Hueck Anm.1 zu § 81 und Anm.1 zu § 95 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm.4 zu § 81 und Anm.24 zu § 95 AktG.

2) Schmidt, Satzungen S.71.

Zur Kontrolle des Vorstandes kann der Aufsichtsrat ferner die Bücher, Schriften und Vermögensgegenstände der Gesellschaft einsehen und prüfen (§ 95 Abs. 3 AktG). Ebenso wie das Berichterstattungsrecht muß auch das Einsichtsrecht in der Satzung jedem einzelnen Mitglied eingeräumt werden können. Auch dies ist für die Kontrollmöglichkeiten der beteiligten öffentlichen Körperschaften von erheblicher Bedeutung.

Das Recht des Aufsichtsrates, den Vorstand zu überwachen, gehört zu seinen gesetzlichen Mindestbefugnissen ¹⁾ und kann deshalb keinem anderen Organ übertragen werden. Der Hauptversammlung dürfen also in der Satzung keine Überwachungsbefugnisse zugestanden werden, auch nicht neben den Rechten des Aufsichtsrates. Denn das Gesetz legt die Überwachung des Vorstandes ausschließlich in die Hände des Aufsichtsrates und macht diesen gleichzeitig für die ordentliche und gewissenhafte Erfüllung dieser Aufgabe allein verantwortlich (§§ 99, 84 AktG). Man würde diese Verantwortlichkeit und damit die Stellung des Aufsichtsrates in der Gesellschaft abschwächen, wenn man seine Hauptaufgabe gleichzeitig einem anderen Organ übertragen würde. ²⁾

Der Vorstand würde entgegen dem Willen des Gesetzes auch dann in zu starke Abhängigkeit von der Hauptversammlung geraten, wenn er diese z.B. über wichtige Geschäftsvorfälle regelmäßig zu unterrichten hätte. Die Hauptversammlung könnte dann durch Mißtrauenskundgebungen, die den Aufsichtsrat zur Abberufung des Vorstandes veran-

1) Vgl. RG in JW 1924, 1144.

2) Ebenso für das HGB Boelsen S.49 f.

lassen würden,¹⁾ auf den Vorstand und seine Geschäftsführung über das vom Gesetz zugestandene Maß hinaus²⁾ Einfluß nehmen.³⁾ -

Bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften werden auch den beteiligten öffentlichen Körperschaften Kontrollrechte eingeräumt, und zwar meistens wiederum in Konzessionsverträgen. Häufig finden sich Unterrichtsrechte wie z.B. dieses, daß die Gesellschaft der Aufsichtsbehörde jede Änderung der Beförderungspreise mindestens acht Tage vor der beabsichtigten Veröffentlichung anzuzeigen habe. Ein derartiges Recht kann gültig vereinbart werden, da es die Aufgaben des Aufsichtsrates als zuständigen Gesellschaftsorgans nicht beschneidet; außerdem wird der Vorstand dadurch nicht dem Willen der öffentlichen Körperschaft unterworfen.

Gleiches gilt von Satzungsbestimmungen, nach welchen der Vorstand den beteiligten öffentlichen Körperschaften den Jahresabschluß, den Geschäftsbericht, den Vorschlag über die Gewinnverteilung und den Prüfungsbericht eine bestimmte Zeit vor dem Zusammentritt der Hauptversammlung vorzulegen hat.

Dagegen liegt ein unzulässiger Eingriff in das ausschließliche Überwachungsrecht des Aufsichtsrates vor, wenn der Vorstand der öffentlichen Körperschaft regelmäßig und unmittelbar zu berichten und Rohbilanzen vorzulegen hat;⁴⁾

1) Baumbach-Hueck Anm. 5 C zu § 75 AktG und oben S. 110 f.

2) Die Überwachungs- und Kontrollrechte ergeben sich aus §§ 112, 118, 127 Abs. 2, 136 AktG.

3) Möhring-Schwartz S. 70.

4) Ebenso für das HGB Boelsen S. 62.

denn dadurch wird die öffentliche Körperschaft als Kontrollinstanz neben dem Aufsichtsrat institutionalisiert.

Noch weiter gehen diejenigen Kontrollrechte, die eine unmittelbare Unterstellung der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft unter die Kontrolle der städtischen Revisionsinstanzen vorsehen.¹⁾ Den städtischen Behörden wird etwa das Recht eingeräumt, regelmäßig die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung oder die Bilanz anhand der Geschäftsunterlagen zu überprüfen. Beides gehört zwingend zu den Aufgaben des Aufsichtsrates (§§ 95 Abs.1, 125 Abs. 1 - 3, 135 ff. AktG). Durch derartige Kontrollrechte würden ebenfalls weitere Aufsichtsorgane neben dem Aufsichtsrat geschaffen, welche die Rechte und die alleinige Verantwortlichkeit des gesetzlich vorgesehenen Organs notwendigerweise beschränken müßten.

Sind Bund und Länder an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligt, so müssen sie die besonderen Vorschriften des Haushaltsrechtes, insbesondere den § 48 Abs. 2 RHO beachten. Nach dieser Bestimmung sollen sich Bund und Länder bei der Beteiligung an wirtschaftlichen Unternehmen Einfluß auf die Geschäftsführung und eine angemessene Vertretung im Aufsichtsrat sichern. Darüber hinaus - und darauf kommt es an dieser Stelle der Untersuchung an - sollen sie ihre Beteiligung davon abhängig machen, daß ihnen in der Satzung besondere Kontrollrechte eingeräumt werden, nämlich:

1) Vgl.Boelsen S.64; Ziethen S.83.

1. Prüfung der Geschäftsführung der Gesellschaft durch einen dem zuständigen Minister genehmen sachverständigen Prüfer (§ 110 a Abs.1 RHO); der zuständige Minister kann hierfür Richtlinien festsetzen; die Prüfungsberichte sind ihm vorzulegen.
2. Der zuständige Minister kann einem sachverständigen Prüfer auf Kosten der Gesellschaft unmittelbar Aufträge erteilen, wenn
 - a) eine von der Gesellschaft veranlaßte Prüfung nicht dem Gesetz, der Satzung oder den Vereinbarungen mit dem Bund oder Land entspricht,
 - b) die Gesellschaft einem Ersuchen des Bundes oder Landes um Vornahme einer Prüfung nicht nachkommt.

Haben Bund und Länder aufgrund dieser Vorschriften die Möglichkeit, sich besondere öffentlichrechtliche Kontrollrechte in gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaften zu verschaffen, oder handelt es sich um normale aktienrechtliche Einflußmöglichkeiten, auf deren Einräumung Bund und Länder nur besonders hinwirken sollen? Die Antwort auf diese Frage hängt vor allem davon ab, ob § 46 Abs. 2 RHO Spezialregelungen vorsieht, die einem privaten Aktionär nicht rechtswirksam zugestanden werden könnten. Wenn dies der Fall ist, liegt die Vermutung nahe, daß es sich bei den Vorschriften des § 48 Abs. 2 RHO um öffentliche Sonderrechtssätze handelt.¹⁾

Nach Vialon²⁾ bedeutet § 48 Abs. 2 Nr. 1 RHO, daß die Gesellschaft bei der Auswahl des Prüfers ein Einvernehmen mit dem zuständigen Fachminister herstellen muß. Eine solche Auslegung wird jedoch dem Zweck der Vorschrift nicht

1) Vgl. Wolff S.209.

2) Anm.12 zu § 48 RHO.

gerecht. Denn die Auswahl nehmen bei der Aktiengesellschaft Aufsichtsrat und Vorstand vor,¹⁾ während die aktienrechtliche Bestellung durch die Wahl in der Hauptversammlung erfolgt (§ 136 AktG). Diese kann die von Aufsichtsrat und Vorstand vorgeschlagenen Personen jederzeit ablehnen und andere Prüfer wählen. Daher hat das in § 48 Abs. 2 Nr. 1 RHO vorgesehene Mitwirkungsrecht des zuständigen Ministers nur einen Sinn, wenn es als Zustimmungs- oder Genehmigungsrecht zu der konkreten aktienrechtlichen Bestellung in der Hauptversammlung verstanden wird. Diese Auslegung wird durch § 110 a Abs. 1 RHO bestätigt, der in § 48 Abs. 2 Nr. 1 desselben Gesetzes bezogen ist und ausdrücklich von einer Zustimmung zur Wahl oder Bestellung des Abschlußprüfers spricht.

Nach Aktienrecht ist eine derartige Zustimmung eines Dritten zur Wahl der Abschlußprüfer ausgeschlossen.²⁾ Die Hauptversammlung ist ausschließlich zuständig (§ 136 Abs. 1 S.1 AktG).³⁾ Durch ein Zustimmungsrecht werden das ausschließliche Wahlrecht der Hauptversammlung und damit die zwingende gesetzliche Zuständigkeitsordnung verletzt.

Das gleiche gilt für die Befugnis, Richtlinien für die Prüfung des Jahresabschlusses festzusetzen. Denn die Prüfer sollen den Jahresabschluß in eigener Verantwortung; selbständig und unparteiisch prüfen (§§ 137 Abs. 2, 141 Abs.1 AktG).⁴⁾

1) Mellerowicz, Großkomm. Anm.4 zu § 136 AktG.

2) Mellerowicz, Anm.5 zu § 136 AktG.

3) von Godin-Wilhelmi Anm.II 2 zu § 136 AktG.

4) Mellerowicz Anm.2 zu § 137 AktG; vgl. zur Unabhängigkeit des Abschlußprüfers bes.Westrick S.55 ff.

Dagegen unterliegt die Vorlage der Prüfungsberichte an den zuständigen Minister aktienrechtlich keinen Bedenken. Hierdurch wird kein Gesellschaftsorgan in seinen Rechten beeinträchtigt; denn es handelt sich hier nicht eigentlich um eine Berichterstattung der Gesellschaft, sondern um die bloße Weitergabe von bereits erstatteten Prüfungsberichten.

Das in § 48 Abs. 2 Nr. 2 a RHO vorgesehene Recht des Ministers, einem sachverständigen Prüfer auf Kosten der Gesellschaft unmittelbar Aufträge zu erteilen, wenn eine von der Gesellschaft veranlaßte Prüfung gewissen Bestimmungen widerspricht, könnte nach Aktienrecht wiederum nicht vereinbart werden. Denn der Minister würde zum Aufsichtsorgan neben dem allein zuständigen Aufsichtsrat und griffe in dessen Kontrollbefugnis ebenso ein wie eine öffentliche Körperschaft, die sich das Recht zugestehen läßt, regelmäßige Berichte und Vorlage der Rohbilanzen vom Aufsichtsrat zu fordern.¹⁾ Im übrigen besteht, wenn bei einer von der Gesellschaft veranlaßten Prüfung tatsächlich Gesetz oder Satzung verletzt sind, die Möglichkeit des Widerspruches nach § 136 Abs. 2 und 3 AktG oder der Anfechtung nach §§ 197, 198 AktG,²⁾ und, wenn es sich um eine Sonderprüfung nach § 118 AktG handelt, die Möglichkeit des Antrags auf Prüferbestellung durch das Gericht (§ 118 Abs. 2 und 3 AktG) oder ebenfalls der Anfechtung nach §§ 197, 196 AktG.³⁾

Schließlich ist auch für das in § 48 Abs. 2 Nr. 2 b RHO vorgesehene Recht aktienrechtlich kein

1) Vgl. oben S. 133 f.

2) Mellerowicz, Großkomm. Anm. 7 zu § 136 AktG.

3) Schmidt, Großkomm. Anm. 5 a zu § 118 AktG.

Raum. Die Aktiengesellschaft kann sich nicht dazu verpflichten, auf Ersuchen eines Aktionärs einen Prüfer zu bestellen und, wenn sie dem nicht nachkommt, von dem betreffenden Aktionär bestellen zu lassen. Die Bestellung der Abschlußprüfer steht ausschließlich der Hauptversammlung zu (§ 136 Abs. 1 AktG), und gleiches gilt für die Wahl von Sonderprüfern. Für die Abschlußprüfer wurde dies bereits ausgeführt. Für die Sonderprüfer folgt das Verbot der Bestellung durch einen einzelnen Aktionär namentlich aus § 118 Abs. 3 AktG. Nach dieser Vorschrift dürfen Aktionäre außer durch Mitwirkung bei der Wahl in der Hauptversammlung nur durch Antrag bei Gericht auf die Bestellung von Sonderprüfern Einfluß nehmen. Außerdem ist eine Sonderprüfung nur bei Vorgängen möglich, welche die Gründung oder Geschäftsführung betreffen (§ 118 Abs. 1 AktG). Zwar können auch Prüfer bestellt werden, die weder Abschluß- noch Sonderprüfer im technischen Sinne sind;¹⁾ aber auch hierfür ist ausschließlich die Hauptversammlung zuständig.²⁾

Als Ergebnis kann festgestellt werden, daß die in § 48 Abs. 2 RHO vorgesehenen Rechte mit einer Ausnahme einem privaten Aktionär nicht eingeräumt werden könnten, da Vorschriften des Aktienrechts entgegenstehen. Die betreffenden Bestimmungen des § 48 Abs. 2 RHO enthalten somit gesetzliche Sonderregelungen für den Fall der Beteiligung von Bund und Ländern an gemischtwirtschaftlichen

1) Baumbach-Hueck Anm. 2 A zu § 118 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm. 2 zu § 118 AktG.

2) So deutlich Schmidt, Großkomm. aaO: eine Bestellung solcher Prüfer kann nicht einmal von einer Minderheit bei Gericht beantragt, also erst recht nicht von Aktionären selbst vorgenommen werden.

Gesellschaften. Dagegen könnte die Vorlage von Prüfungsberichten an den zuständigen Minister auch ohne die Ermächtigung des § 48 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 RHO in der Satzung statuiert werden.

Das gilt übrigens auch für die Sollvorschrift des § 48 Abs. 2 Satz 1 RHO, wonach sich der Bund durch geeignete Abmachungen den nötigen Einfluß auf die Geschäftsführung, insbesondere eine angemessene Vertretung im Aufsichtsrat, sichern soll; hier handelt es sich nicht um eine Sonderregelung gegenüber dem Aktienrecht, sondern um einen Auftrag an den öffentlichen Beteiligten, sich im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften Einflußrechte zu sichern.

Die Geltung der Bestimmungen des § 48 Abs. 2 RHO als *leges speciales* gegenüber dem Aktienrecht ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Reichshaushaltsordnung vor dem Aktiengesetz erlassen wurde.¹⁾ Denn: *lex posterior generalis non derogat legi speciali priori*²⁾.

Damit sind die Vorschriften des § 48 Abs. 2 RHO als öffentlichrechtliche Sondervorschriften zu qualifizieren, die bestimmte Regeln des Aktienrechts zugunsten gewisser öffentlicher Rechtsträger außer Kraft setzen und diese ermächtigen, sich in der Satzung die vorgesehenen Rechte einräumen zu lassen.

Die Gründe für diese öffentlichrechtliche Sonderregelung sind haushaltsrechtlicher Art: die mit der Beteiligung verfolgten Zwecke sollen erreicht werden, da öffentliche Gelder zweckmäßig

1) Am 31.12.1922, während das Aktiengesetz am 30.1.1937 verkündet wurde.

2) Ipsen JZ 1955, 598.

zu verwenden sind, und das mit der Beteiligung verbundene Risiko soll so gering wie möglich gehalten werden.¹⁾ Es erscheint nicht zutreffend, § 48 RHO allein unter dem Gesichtspunkt der Überprüfung der Aktionärstätigkeit des Bundes durch den Bundesrechnungshof zu sehen.²⁾ Dieser Zweck ist bei § 48 RHO sekundär, was schon dadurch zum Ausdruck kommt, daß § 48 in Abschnitt II unter den Bestimmungen über die Ausführung des Haushaltsplanes steht, was aber auch aus dem Wortlaut vor allem des § 48 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und 2 RHO folgt.

IV. Organisation des Vorstandes.

Die Tätigkeit des Vorstandes kann außer durch Kontrollrechte auch durch eine differenzierte Ausgestaltung der Organisation des Vorstandes mittelbar beeinflußt werden. Es handelt sich dabei nicht um eine aktive Einflußnahme auf die Geschäftspolitik, sondern ebenso wie bei den Kontrollrechten um die Schaffung organisatorischer Sicherungen gegen die mit der selbständigen Stellung des Vorstandes verbundenen Risiken.

Eine natürliche "innere" Kontrolle ist gegeben, wenn der Vorstand aus mehreren Mitgliedern

1) Vgl. Frentzel S. 17.

2) So aber Jäckel S. 139 ff., der sich allerdings vorwiegend mit der Frage des Verhältnisses von aktienrechtlichen und haushaltsrechtlichen Prüfungsvorschriften befaßt; er konnte daher die eigenständige Bedeutung des § 48 RHO außer acht lassen.- Im übrigen ist auf Jäckels eingehende Untersuchung für die hier am Rande auftauchende Frage zu verweisen, ob Gesellschaften, an denen die öffentliche Hand beteiligt ist, durch bundeseigene Wirtschafts-

besteht. Die Zahl der Vorstandsmitglieder erhält dadurch bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften eine besondere Bedeutung, während bei rein privaten Aktiengesellschaften meist die Größe des Unternehmens über diese Frage entscheiden wird.

Da die Satzung die Art der Zusammensetzung des Vorstandes zu bestimmen hat (§ 16 Abs. 3 Nr. 5 AktG), muß sie Vorschriften über die Anzahl der Vorstandsmitglieder enthalten. Dabei genügt allerdings die Feststellung, der Vorstand solle aus mehreren Mitgliedern bestehen; die genaue Bestimmung bleibt dann dem Aufsichtsrat überlassen.¹⁾ Es wird aber vorteilhaft sein, wenigstens eine Mindestzahl in der Satzung festzusetzen.

Die Bestellung eines Vorstandsvorsitzers mit dem Recht des § 70 Abs. 2 AktG durch die Satzung wird heute allgemein als nicht wünschenswert oder gar als verfehlt angesehen.²⁾ Dies trifft für gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften in besonderem Maße zu, da ein Vorsitz mit Entscheidungsrecht bei Meinungsverschiedenheiten gerade nicht in die gegenseitige Kontrolle und Hemmung einbezogen ist, die bei einem Vorstand mit mehreren Mitgliedern besteht. Allerdings kann die Satzung dem Vorsitz das Entscheidungsrecht entziehen. Anstelle des Vorsitzers kann die Satzung auch ein aus mehreren Vorstandsmitgliedern bestehendes Präsidium des Vorstandes bestellen

noch Seite 140

- 2) prüfungsgesellschaften geprüft werden dürfen. Jäckel nimmt einen Verstoß gegen § 137 Abs. 2 AktG an, ebenso Westrick S. 64 ff.

und dessen Kompetenzen regeln.¹⁾

Ein mehrköpfiger Vorstand ist grundsätzlich nur in seiner Gesamtheit zur Vertretung und zur Geschäftsführung befugt (§ 71 Abs. 2 S.1 AktG).²⁾ Die Satzung kann aber eine Geschäftsordnung aufstellen, welche die Arbeit des Vorstandes näher regelt.³⁾ In ihr können einzelnen Vorstandsmitgliedern bestimmte Arbeitsgebiete übertragen werden, auf denen sie allein geschäftsführungsbefugt sind. Bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften wird dies nur ausnahmsweise in Frage kommen. Für wichtige Entscheidungen wird man es bei der Gesamtgeschäftsführung belassen oder doch einen qualifizierten Mehrheitsbeschluß vorschreiben.⁴⁾ Vorstand und Aufsichtsrat können dann nicht mehr, wie es §§ 71 Abs.2 S.2 und 74 Abs. 1 AktG vorsehen, einzelne Vorstandsmitglieder zur Vornahme solcher Geschäfte ermächtigen.

noch Seite 141

1) KG in KGJ 24, A 194 (197); Baumbach-Hueck Anm.4 zu § 16 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.23 zu § 16 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm.13 zu § 70 AktG.

2) Vgl. etwa Baumbach-Hueck Anm.5 C zu § 70 AktG; Studienkommission S.32 und 75 f.

1) Schmidt, Satzungen S.124 f. und 180.

2) Vgl. Baumbach-Hueck Anm.4 zu § 70 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm.14 zu § 70 AktG.

3) Möhring-Schwartz S.67; Schmidt, Großkomm. Anm.14 zu § 70 AktG.- In der Praxis wird der Erlass einer Geschäftsordnung für den Vorstand allerdings meist dem Aufsichtsrat überlassen.

4) Vgl. Stellungnahme des Bundesrechnungshofes v. 18.4.1955, abgedruckt bei Vialon Anm.19 zu § 48 RHO: "Wir legen Wert darauf, daß bei einem mehrgliedrigen Vorstand wichtigere Entscheidungen von dem ganzen Vorstand getroffen werden oder durch Mehrheitsbeschluß zustande kommen..."

Was die Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder betrifft, so wird man in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften die grundsätzlich vorgeschriebene Gesamtvertretung (§ 71 Abs. 2 S. 2 AktG) beibehalten oder ein Vorstandsmitglied nur zusammen mit einem anderen Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen die Gesellschaft vertreten lassen.¹⁾ Derartige Bestimmungen sind bedeutsamer als Vorschriften über eine Gesamtgeschäftsführung oder Mehrheitsbeschlüsse bei der Geschäftsführung, da sie unerwünschte, gemäß § 74 Abs. 2 AktG nach außen wirksame Geschäfte einzelner Vorstandsmitglieder verhindern. Denn die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht gilt nur für den Umfang der Geschäftsführung, nicht aber für die Art und Weise der Vertretung (vgl. § 71 Abs. 2, 3 AktG). Die Satzung kann aber auch einzelne Vorstandsmitglieder zur Vertretung ermächtigen (§ 71 Abs. 3 S. 1 AktG) und sie namentlich bezeichnen.²⁾ Es könnte also bestimmt werden, daß Vorstandsmitglieder, die der beteiligten öffentlichen Körperschaft angehören oder aufgrund des Einflusses des Gemeinwesens bestellt worden sind, allein vertretungsberechtigt sein sollen.

§ 11 Ergebnis.

Als Ergebnis kann folgendes festgehalten werden.

Im ganzen sind die Möglichkeiten einer Einflußnahme auf die Geschäftsführung gegenüber dem Recht des HGB in dem Maße geringer geworden, in dem das Aktiengesetz die Stellung des Vorstandes innerhalb der Aktiengesellschaft verstärkt und verselbständigt hat. Die Beherrschung der Haupt-

1) Hierauf legt der Bundesrechnungshof gleichfalls Wert, vgl. Hettlage S. 295.

2) Schmidt, Satzungen S. 173.

versammlung und des Aufsichtsrates gewährleisten nach geltendem Aktienrecht nur sehr begrenzten Einfluß auf den Vorstand.

Die stärksten Einflußmöglichkeiten sind dem Aufsichtsrat durch das Recht in die Hand gegeben, den Vorstand zu bestellen und abzuberufen. Diese zwingende Regelung schließt jede Einflußnahme auf die Vorstandsbestellung aus, die das ausschließliche Recht des Aufsichtsrates antastet. Insofern ist eine Beeinflussung nur durch Einwirkung auf die Stimmen- und Machtverteilung im Aufsichtsrat möglich. Hierzu sind unter anderem Vereinbarungen zwischen Aktionären, ihre Interessenvertreter im Aufsichtsrat zur Stimmenabgabe für bestimmte Kandidaten anzuweisen, ein zulässiges Mittel. Auf den Widerruf der Bestellung kann auch die Hauptversammlung einen direkten Einfluß ausüben, indem sie dem Vorstand das Vertrauen entzieht und damit den Aufsichtsrat zur Abberufung veranlaßt.

Die Tätigkeit des Vorstandes kann durch Bestellung und Abberufung nur mittelbar beeinflusst werden. Eine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit ist dem Aufsichtsrat in den Fällen gegeben, in denen er sich nicht auf eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Geschäftsführung beschränkt, sondern auch die Zweckmäßigkeit prüft und dabei eng mit dem Vorstand zusammenarbeitet. Darüber hinaus kann die Tätigkeit des Vorstandes nur durch Satzungsbestimmungen unmittelbar beeinflusst werden, die den Unternehmensgegenstand bestimmen und eventuell die Vornahme gewisser Geschäfte verbieten. Hierher gehört als eines der wichtigsten Einflußmittel auch das Recht des Aufsichtsrates, bestimmte

Arten von Geschäften zu genehmigen. Echte Weisungs- und Genehmigungsrechte, die den Vorstand dem Willen eines anderen Organs oder der beteiligten öffentlichen Körperschaft unterwerfen, sind dagegen unzulässig. Eine besondere Schranke ist der öffentlichen Einflußnahme auf die Geschäftsführung insofern gesetzt, als der Vorstand nicht grundsätzlich das Gewinnprinzip verlassen darf, wenn die Satzung dies nicht ausdrücklich gestattet.

Mittelbare Einflußmöglichkeiten, die gleichzeitig mehr auf die Ausschaltung von Risiken und auf die Verhinderung von Mißbräuchen gerichtet sind, bestehen vor allem in den Kontrollrechten des Aufsichtsrates, die erweitert werden und teilweise auch einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern eingeräumt werden können; besondere Kontrollbefugnisse können Bund und Ländern aufgrund des § 48 Abs. 2 RHO eingeräumt werden. Auch über die Organisation des Vorstandes kann die Geschäftsführung in jenem Sinne beeinflusst werden, insbesondere durch die Bestellung eines mehrköpfigen Vorstandes und durch den Ausschluß von Einzelgeschäftsführung und Einzelvertretung. -

Im Regierungsentwurf für ein neues Aktiengesetz ist die selbständige Stellung des Vorstandes im Grundsatz beibehalten.¹⁾ Die Rechte der Hauptversammlung und des Aufsichtsrates sollen jedoch in einigen Punkten zu Lasten des Vorstandes verstärkt werden.²⁾

1) Vgl. § 73 und S. 121 RegE.

2) Vgl. näher unten S. 198 f.

5. Kapitel: Einflußnahme auf den Aufsichtsrat.

§ 12 Zuständigkeit und Bedeutung des Aufsichtsrates
in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.

Es ist die Hauptaufgabe des Aufsichtsrates, die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen (§ 95 Abs.1 AktG). Diese Funktion wies auch das HGB dem Aufsichtsrat zu (§ 246 HGB). Aber während nach dem alten Recht der Aufsichtsrat aufgrund des § 246 Abs.3 HGB zum eigentlich verwaltenden Organ erhoben werden konnte und, vor allem bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften, auch erhoben wurde,¹⁾ beschränkt das Aktiengesetz von 1937 den Aufsichtsrat auf die Kontrolle des Vorstandes. Während also früher der öffentliche Einfluß in weitem Maße über den Aufsichtsrat verwirklicht werden konnte und dieser somit für die beteiligten Gemeinwesen das wichtigste Organ gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften war,²⁾ kann hiervon nach dem geltenden Recht nicht mehr ohne weiteres gesprochen werden.

Die Position des Aufsichtsrates ist jedoch gegenüber dem alten Recht auch gestärkt worden, da ihm die ausschließliche Befugnis übertragen wurde, den Vorstand zu bestellen und abzuberufen (§ 75 AktG), während nach HGB der Gesellschaftsvertrag die Art der Bestellung des Vorstandes zu regeln hatte (§ 182 Abs. 2 Nr. 4 HGB). Es darf

1) Vgl. oben S.100 f.

2) Bergmann S.2 mit Beispielen; Bussmann S.18, 24,51; Leoni S.547 f.; Passow GWU S.162 f.; Prenzel Diss. S.45; Terhalle S.375.

auch nicht übersehen werden, daß die schärfere Funktionsabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat nicht nur dessen Schwächung, sondern durch das ausschließliche Überwachungsrecht zugleich eine Stärkung bedeutet.

Diese gesetzliche Funktionstrennung darf schließlich auch nicht dahingehend überbewertet werden, daß der Aufsichtsrat von jeglicher Teilnahme an der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Wie bereits hervorgehoben,¹⁾ erfordert die Überwachung der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung eine weitgehende Anteilnahme des Aufsichtsrates oder doch einzelner Aufsichtsratsmitglieder an der Geschäftsführung des Vorstandes. Zwar muß sich die Teilnahme des Aufsichtsrates dabei naturgemäß auf die Erörterung und Entscheidung grundlegender Fragen beschränken; aber diese grundsätzlichen Linien der Geschäftspolitik sind für die öffentlichen Körperschaften auch allein wichtig. Der Aufsichtsrat kann daher auch heute als das sowohl grundsätzlich als auch speziell für den öffentlichen Einfluß wichtigste Gesellschaftsorgan gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften bezeichnet werden.²⁾

1) Oben S.102.

2) Über die Frage, inwiefern der Aufsichtsrat aktienrechtsdogmatisch geeignet ist, die wechselnden Gruppeninteressen innerhalb der Aktiengesellschaft - vor allem auch private und öffentliche Interessen - auszugleichen, besteht wohl keine Einigkeit. Köhler S.140 erblickt in der Kontrollfunktion des Aufsichtsrates eine solche Möglichkeit, da dieser nicht schnelle Entscheidungen zu fällen, sondern "zu beraten, gutzuheißen, zu mißbilligen, zu kontrollieren" habe; Würdinger S.125 sieht im Aufsichtsrat der mitbestimmten Aktiengesellschaften ein "Parlament..., welches dem Ausgleich gegensätzlicher wirtschaftspolitischer Interessen dient". Diese Ansichten

Freilich ist der Aufsichtsrat nicht in allen gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften tatsächlich in der Lage, seine Überwachungsfunktion in vollem Umfange auszuüben und zu einer Mitverwaltungsfunktion auszubauen. Der Einfluß des Aufsichtsrates ist meistens nur in Gesellschaften groß, an denen ein oder mehrere Großaktionäre beteiligt sind, während in Gesellschaften, deren Aktien sich in Streubesitz befinden, in der Regel der Vorstand ein machtmäßiges Übergewicht gegenüber dem Aufsichtsrat besitzt. Großaktionäre beherrschen über den Aufsichtsrat oft die Verwaltung und sind damit die eigentlichen Unternehmer, während die Aktionärsvertreter im Aufsichtsrat der Gesellschaften mit weitgestreutem Aktienbesitz meist weder den Willen noch die Fähigkeit besitzen, unternehmerische Fragen mitzuentcheiden.¹⁾

Aufgrund dieser Umstände läßt sich genaueres über die rechtstatsächliche Bedeutung des Aufsichtsrates in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften aussagen. In 106 der im Jahre 1958 gezählten 234 gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften²⁾ ging der Anteil der öffentlichen Hand am Grundkapital über 50% hinaus;³⁾ in 48 Gesellschaften betrug er durch-

noch Seite 147

2) werden vor allem dadurch zweifelhaft, daß der Aufsichtsrat eben nicht nur kontrolliert und berät, sondern vielfach auch mitentscheidet; die Funktionstrennung des Gesetzes zwischen Entscheidung (durch den Vorstand) und Kontrolle (durch den Aufsichtsrat) wird heute z.T. als dogmatisch verfehlt angesehen, vgl. dazu bes. Mestmäcker S. 63 ff., Wiethölter S. 299 ff.

1) Vgl. Mestmäcker S. 90 f., Wiethölter S. 294, 302.

2) Vgl. dazu oben S. 15 Anm. 1.

schnittlich 33%, und in 80 Gesellschaften belief sich der öffentliche Anteil nur auf durchschnittlich 8%.

Man muß bei diesen Zahlen nun einseits berücksichtigen, daß der über 50% hinausgehende Anteil der öffentlichen Hand nicht in allen Fällen bei einer einzigen öffentlichen Körperschaft liegt,¹⁾ so daß hier nicht immer ein öffentlicher Großaktionär beteiligt zu sein braucht. Andererseits kann ein Gemeinwesen auch Großaktionär sein, wenn es nicht die Aktienmehrheit besitzt; es genügt, daß ohne es keine Mehrheit möglich ist.²⁾ Berücksichtigt man diese Umstände, so wird man eine vorsichtige Schätzung dahingehend vornehmen können, daß in etwa der Hälfte der bestehenden gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften die beteiligten öffentlichen Körperschaften den Aufsichtsrat zu beherrschen vermögen und dementsprechend auch maßgeblichen Einfluß auf die Geschäftsführung auszuüben in der Lage sind.

§ 13 Zusammensetzung des Aufsichtsrates.

Der Aufsichtsrat handelt grundsätzlich in seiner Gesamtheit (§ 92 AktG)³⁾ und bildet seinen Willen dementsprechend durch Mehrheitsbeschlüsse. Seit jeher waren die beteiligten

noch Seite 148

3) Im Durchschnitt betrug er 78%; vgl. hierzu und zum folgenden Statistisches Bundesamt VII G 59.

1) Hierüber enthält die Zusammenstellung des Statistischen Bundesamtes keine Angaben.

2) Mestmäcker S.142.

3) Anders jedoch, wenn den Einzelmitgliedern Befugnisse zustehen oder wenn Ausschüsse gebildet werden, was in der Praxis häufig vorkommt, vgl. unten S.175.

Gemeinwesen daher bestrebt, 50% plus 1 der Aufsichtsratsposten zu besetzen.¹⁾ Heute wird dieses Ziel nicht immer erreicht, weil ein Drittel bzw. die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder von der Arbeitnehmerseite bestellt wird.²⁾ Umso wichtiger sind für die öffentlichen Körperschaften die Einflußmöglichkeiten hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrates.

I. Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder.

Diejenigen Aufsichtsratsmitglieder, die nicht Arbeitnehmervertreter sind, werden grundsätzlich von der Hauptversammlung gewählt und bestellt (§ 87 Abs. 1 AktG). Einem anderen Gesellschaftsorgan, etwa einem Beirat oder einem Aktionärsausschuß,³⁾ kann diese Aufgabe nicht übertragen werden.⁴⁾ Der Aufsichtsrat darf sich auch nicht durch Zuwahl ergänzen, wenn ein Mitglied ausscheidet.⁵⁾ Diese Möglichkeiten der Aufsichtsratsbestellung waren schon nach HGB ausgeschlossen.⁶⁾

Das HGB verbot außerdem die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern durch dritte Personen, da hierdurch das Wahlrecht der Generalversammlung verletzt werde.⁷⁾ Trotzdem wurden in den Satzungen gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften den beteiligten öffentlichen Körperschaften

1) vgl. Prenzel Diss.S.51.

2) Vialon Anm.21 zu § 48 RHO.

3) Darüber unten S. 199 f.

4) Baumbach-Hueck Überblick 1 C vor § 70 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.7 zu § 102 AktG.

5) Schmidt, Großkomm.Anm.1 zu § 87 AktG.

6) Arbenz S.165; Bergmann S.8; Prenzel Diss.S.50; Staub-Pinner Anm.1 zu § 243 HGB.

7) KG in KGJ 32,A 136 (137); Arbenz S.165; Boeisen S.22; Bondi S.264; Junck Sp.1642; Prenzel Diss. S.41; Staub-Pinner Anm.1 zu § 243 HGB.

ten oftmals Entsendungsrechte eingeräumt. Vor allem in den Kriegsgesellschaften¹⁾ waren dies sogenannte Kommissare oder Vertreter der öffentlichen Interessen mit Vetorechten gegenüber den Beschlüssen des Aufsichtsrates.²⁾

Die contra legem verfahrenende Praxis zeigte, daß in gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften ein Bedürfnis nach einer festen Vergabe von Aufsichtsratsposten an beteiligte Gemeinwesen bestand. Dem trug das Aktiengesetz von 1937 Rechnung, indem es in § 68 die Entsendung von Mitgliedern in den Aufsichtsrat unter Übergehung der Hauptversammlung gestattete.³⁾ Die Gesamtzahl der entsandten Mitglieder darf allerdings den dritten Teil aller Aufsichtsratsmitglieder nicht übersteigen. Eine öffentliche Körperschaft vermag sich auf diese Weise also nicht die Mehrheit im Aufsichtsrat zu sichern. Auf der anderen Seite ist ein entsendungsberechtigtes Gemeinwesen von der Wahl der übrigen Mitglieder durch die Hauptversammlung mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht ausgeschlossen. Denn das Stimmrecht eines Aktionärs kann nach § 114 Abs. 1 Satz 2 AktG nur durch Festsetzung eines Höchstbetrages oder durch Abstufungen beschränkt werden.⁴⁾

Das Entsendungsrecht des § 68 AktG wird in seiner Bedeutung auch nicht dadurch gemindert, daß das entsendende Gemeinwesen bei der Entlastung dieser Aufsichtsratsmitglieder nicht

1) Vgl. oben S.13 f.

2) Beispiele bei Heymann S.139,143; König S.85 ff.; Matthaei S.155; Terhalle S.371.

3) Vgl. Amtliche Begründung zu § 68 AktG, abgedruckt bei Klausning, AktG S.76.

4) Möhring-Schwartz S.81 f.

mitstimmen dürfte, weil es sonst Richter in eigener Sache würde (§ 114 Abs. 5 Satz 1 AktG entsprechend). Der Bundesgerichtshof¹⁾ nimmt im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts²⁾ wohl mit Recht einen Stimmrechtsausschluß nur an, wenn die Aufsichtsratsmitglieder von Rechts wegen - nicht nur tatsächlich - entscheidenden Einfluß auf die Verwaltung der Aktien des Gemeinwesens zu nehmen vermögen.³⁾

Die Möglichkeit, nach § 88 AktG in der Satzung bestimmten Aktionären Entsendungsrechte einzuräumen, ist für die öffentlichen Körperschaften also ein wichtiges Mittel zur Einflußnahme auf den Aufsichtsrat und die ganze gemischt-wirtschaftliche Aktiengesellschaft. Solche Entsendungsrechte sind daher weit verbreitet.⁴⁾

Die alten Delegationsrechte sind durch § 88 AktG gültig geworden, soweit die Auslegung dies im Einzelfall zuläßt. Das kann in den Fällen fraglich sein, in denen von einer Wahl durch die Generalversammlung die Rede ist.

Auch Entsendungsrechte, die nach 1937 in die Satzung aufgenommen wurden, sind in ihrer Bedeutung und in ihrer Zulässigkeit zum Teil zweifelhaft, so z.B. die Satzungsbestimmung:

"Mindestens ein Mitglied des Aufsichtsrates muß Vertreter des Bundes oder des Landes sein."⁵⁾

1) NJW 1962, 664.

2) RGZ 146, 385.

3) Auf die "vielschichtige Frage" (BGH aaO S. 866) kann hier nicht näher eingegangen werden.

4) Beispiele: § 14 Abs. 1 S. 2 der Satzung der Hamburger Hochbahn AG; § 10 Abs. 1 Satz 2 der Satzung der Hamburgische Electricitätswerke AG; § 6 Abs. 7 der Satzung der Kieler Verkehrs-AG.

5) § 17 Abs. 4 S. 2 der Satzung der Elmshorn-Barmstedt-Oldesloher Eisenbahn AG in Elmshorn.

Die Vorschrift des § 86 Abs. 1 AktG, daß der Entsendungsberechtigte ein "bestimmter" Aktionär sein muß, könnte der Gültigkeit der zitierten Satzungsbestimmung entgegenstehen. Aber man wird die vom Bund oder vom Land oder von beiden gemeinsam vorgenommene Entsendung als wirksam ansehen müssen, da ein Entsendungsrecht auch einer Gruppe von Aktionären eingeräumt werden kann.¹⁾

§ 88 AktG und die Entsendung von Arbeitnehmervertretern sind die einzigen Ausnahmen von dem Grundsatz der Wahl durch die Hauptversammlung. Alle Einwirkungen auf die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, welche dieses Prinzip und den damit zusammenhängenden Grundsatz der Wahlfreiheit der Hauptversammlung²⁾ verletzen, sind ungültig. Im folgenden sollen an diesem Grundsatz die wichtigsten in Betracht kommenden Einflußmöglichkeiten auf ihre Zulässigkeit untersucht werden.

§ 87 Abs. 1 AktG wird offensichtlich durch Satzungsbestimmungen verletzt, welche die Person des Aufsichtsrates in ganz bestimmter Weise bezeichnen und etwa den "jeweiligen Bürgermeister" als Aufsichtsratsmitglied benennen³⁾ oder die Aufsichtsratssitze verschiedenen Aktionären bzw. ihren Vertretern zuteilen.⁴⁾ Die Hauptversammlung hat die Aufsichtsratsmitglieder in freier Entscheidung zu wählen und ist deshalb an derartige Satzungsklauseln nicht gebunden.

1) Schmidt, Großkomm. Anm. 9 zu § 88 AktG.

2) Vgl. darüber oben S. 62, 75 f.

3) Arbenz S. 165 f.

4) Beispiel bei Niemann Sp. 511.

Das gleiche gilt, wenn die Satzung der Hauptversammlung die zu wählenden Personen vorschreibt, also etwa bestimmt:

"Die Hauptversammlung hat den jeweiligen Bürgermeister der beteiligten Stadt in den Aufsichtsrat zu wählen."

Eine solche Bestimmung kann auch nicht in ein Entsendungsrecht nach § 60 AktG umgedeutet werden, da sie sich ausdrücklich auf die Wahl des Aufsichtsrates durch die Hauptversammlung bezieht.

Manche Satzungen enthalten Richtlinien für die Wahl des Aufsichtsrates. Hierfür seien zwei Beispiele angeführt:

- 1) "Die beiden Hauptaktionäre haben Anspruch auf eine paritätische Verteilung der von ihnen zu stellenden Aufsichtsratsmitglieder."¹⁾
- 2) "Bei seiner (des Aufsichtsrates) Besetzung sollen die verbundwirtschaftlichen Beziehungen zwischen Bergbau und Eisenindustrie angemessen berücksichtigt werden."²⁾

Keine der beiden Bestimmungen bindet die Hauptversammlung bei der Wahl des Aufsichtsrates. Ein Anspruch der beiden Hauptaktionäre auf paritätische Besetzung der Aufsichtsratsstellen kann nicht in der Satzung, d.h. körperschaftsrechtlich, begründet, sondern nur schuldrechtlich als Abstimmungsvereinbarung zwischen den betreffenden Aktionären vereinbart werden.

1) § 10 Abs. 1 S. 5 der Satzung der Fränkisches Überlandwerk AG in Nürnberg.
2) § 7 Abs. 1 S. 2 der Satzung der Ilseder Hütte AG in Peine.

Die als Beispiel 2) wiedergegebene Vorschrift berührt als bloße Empfehlung ohne nähere Bestimmung die Wahlfreiheit der Hauptversammlung überhaupt nicht.

Oft wird den öffentlichen Körperschaften in der Satzung das Recht zugestanden, eine bestimmte Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder, die gewählt werden sollen, vorzuschlagen. Solche Vorschlagsrechte können verschieden ausgestaltet werden. Zum Teil wird in der Satzung einfach festgestellt, der beteiligten öffentlichen Körperschaft stehe ein Vorschlagsrecht zu;¹⁾ zum Teil findet sich ein Zusatz, die Hauptversammlung solle "tunlichst" die Vorschläge des Gemeinwesens berücksichtigen;²⁾ schließlich kann auch bestimmt werden:

"Die Hauptversammlung wählt die von der öffentlichen Körperschaft vorgeschlagenen Personen in den Aufsichtsrat."

Alle derartigen Vorschlagsrechte sind für die Hauptversammlung nicht bindend, da sie gegen das Gesetz verstoßen. Dieses überträgt, wie mehrfach betont, in § 87 Abs. 1 S.1 AktG die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder zwingend der Hauptversammlung und setzt für diese Wahl notwendigerweise eine echte Entscheidungsmöglichkeit voraus.³⁾ Die Hauptversammlung kann sich nicht wirklich entscheiden, d.h. zwischen mehreren Möglichkeiten wählen, wenn sie an Wahlvorschläge gebunden ist.⁴⁾

1) Beispiele bei Behr, HansRZ 1919 Sp.250; Bergmann S.15 Anm.21; König S.85.

2) Beispiele bei Bergmann S.15 Anm.20.

3) Schmidt, Großkomm.Anm.3 zu § 87 AktG.

4) RGZ 165, 78; Schlegelberger-Quassowski Anm.3 zu § 87 AktG; Schmidt, Satzungen S.186; ebenso für § 243 Abs.1 HGB: Ahls S.3; Arbenz S.165 f.; Bergmann S.15; Boelsen S.22; Bussmann S.58 f.

Die Wahlfreiheit der Hauptversammlung wird auch in den Fällen beschränkt, in denen die Hauptversammlung aus Vorschlagslisten der öffentlichen Körperschaft auswählen soll.¹⁾ Die Hauptversammlung hat dann zwar eine Auswahlmöglichkeit; sie ist aber auf die in der Liste aufgeführten Bewerber beschränkt. Auch wenn die Zahl der vorgeschlagenen Personen die Zahl der zu besetzenden Aufsichtsratsposten übersteigt, besteht die Gefahr, daß sich ungeeignete Kandidaten unter den Vorgeschlagenen befinden, so daß für die Wahl tatsächlich nur wenige Bewerber in Frage kommen.²⁾ Die Hauptversammlung kann in solchen Fällen ihre Aufgaben nicht in der vom Gesetz vorgesehenen Weise erfüllen.

Die Auswahlmöglichkeiten der Hauptversammlung versucht man auch dadurch einzuschränken, daß man bestimmte Wählbarkeitsvoraussetzungen für die zu wählenden Aufsichtsratsmitglieder aufstellt. Dabei werden Erfordernisse hinsichtlich der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes, des Geschlechtes usw. ebenso wie für die Bestellung von Vorstandsmitgliedern³⁾ für zulässig gehalten.⁴⁾ In der Satzung kann auch rechtswirksam vorgeschrieben werden, daß die Aufsichtsratsmitglieder Aktionäre der betreffenden Gesellschaft sein müssen, da die in Frage kommenden Personen in der Regel vor der Wahl Aktien der Gesellschaft erwerben können.⁵⁾ Dagegen sind Satzungsbestimmungen unzulässig, die nur Inhaber von Aktien mit bestimmten Nummern oder von Aktien besonderer Gattung

1) Beispiele bei Bergmann S.14 Anm.19.

2) KG in KGJ 32,A 136 (139 f.); Arbenz S.166 f.; Junck Sp.1643.

3) Vgl. oben S.107 f.

4) Schmidt, Großkomm.Anm.6 zu § 86 AktG.

5) Anders Jacusiel Sp.362.

zum Aufsichtsratsamt zulassen;¹⁾ denn hierdurch wird der Kreis der geeigneten Bewerber so sehr eingeschränkt, daß keine ausreichende Auswahlmöglichkeit bleibt.²⁾

Das gleiche gilt, wenn zu passiv Wahlberechtigten nur Mitglieder der beteiligten öffentlichen Körperschaft erklärt werden;³⁾ auch in diesem Falle ist der Kreis der in Frage kommenden Personen in der Regel so klein, daß die Hauptversammlung unter Umständen Bewerber wählen muß, die nicht die nötige Qualifikation oder nicht das Vertrauen der Mehrheit der Aktionäre besitzen. -

Die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften versuchen außer durch Satzungsbestimmungen auch durch Verträge mit der Gesellschaft selbst auf die personelle Besetzung des Aufsichtsrates Einfluß zu nehmen. Als Beispiel sei folgende Vereinbarung aus einem Erbbaupachtvertrag angeführt:

"Die Erbbauberechtigte (die Aktiengesellschaft) wird, solange sie einen Aufsichtsrat oder ein entsprechendes Organ besitzt, bei der Hauptversammlung dafür Sorge tragen, daß ein von der Grundstückseigentümerin (der öffentlichen Körperschaft) zu benennender Vertreter in den Aufsichtsrat oder das entsprechende Organ gewählt wird."⁴⁾

1) Baumbach-Hueck Anm. 3 A zu § 86 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm. 6 zu § 86 AktG; a. A. Schlegelberger-Quassowski Anm. 31 zu § 86 AktG für den Fall, daß nur Angehörige einer bestimmten Familie für wählbar erklärt werden.

2) Vgl. RGZ 133, 90 (94): "Hierdurch (durch Wählbarkeitserfordernisse) darf aber der Kreis der wählbaren Personen nicht so eingeschränkt werden, daß von einer freien Auswahl durch die Generalversammlung nicht mehr die Rede sein könnte."

3) Ebenso Bergmann S. 12; Keil S. 659.

Kann eine Aktiengesellschaft eine derartige Verpflichtung wirksam eingehen? Auch hier steht das Erfordernis der Wahlfreiheit der Hauptversammlung entgegen. Es handelt sich um ein bindendes Vorschlagsrecht der öffentlichen Körperschaft, das hier nicht in der Satzung festgelegt, sondern nur schuldrechtlich vereinbart ist. Wenn das satzungsmäßige Vorschlagsrecht ohne Bindungswirkung für die Hauptversammlung ist, so muß es auch ein schuldrechtlich zugestandenes Vorschlagsrecht sein; denn was das Gesetz als Satzungsbestimmung nicht zuläßt, kann nicht deshalb Gültigkeit erlangen, weil es in die Form eines schuldrechtlichen Vertrages gekleidet wird.¹⁾ -

Die bisher erörterten Einflußmöglichkeiten auf die Besetzung des Aufsichtsrates knüpften primär an die Person der zu bestellenden Aufsichtsratsmitglieder an. Daneben sind Einwirkungsmöglichkeiten denkbar, die in erster Linie von der Abstimmung in der Hauptversammlung ausgehen.

Es können einmal besondere Wahlerfordernisse in der Satzung festgelegt werden. Nach § 113 Abs. 1 AktG darf die Satzung allgemein für Beschlüsse der Hauptversammlung Erschwerungen verschiedener Art gegenüber dem Grundsatz der einfachen Stimmenmehrheit vorsehen. Hier soll lediglich das Erfordernis der Zustimmung eines anderen Organs der Aktiengesellschaft oder der Zustimmung des beteiligten Gemeinwesens untersucht werden.

Beides wird als unzulässig abgelehnt mit der Begründung, die "anderen Erfordernisse" des § 113

noch Seite 157

4) Vgl. Vorwort.

1) RGZ 49, 77 (80).

Abs. 1 AktG bezögen sich nur auf das Zustandekommen eines Hauptversammlungsbeschlusses, nicht aber auf weitergehende Voraussetzungen für sein Wirksamwerden.¹⁾ Das trifft gewiß zu. Der tiefere Grund für die Ungültigkeit eines Zustimmungserfordernisses liegt jedoch darin, daß es die ausschließliche Zuständigkeit eines Gesellschaftsorgans und damit die zwingende Kompetenzregelung des Aktiengesetzes verletzt.²⁾

Es wird allerdings von einigen für zulässig gehalten, als "weiteres Erfordernis" der Abstimmung die Zustimmung gewisser Aktionäre oder Aktionärgruppen in der Satzung festzulegen.³⁾ Nach dieser Meinung könnte also ein Zustimmungsrecht der öffentlichen Körperschaft als Aktionärin statuiert werden. Ein solches Recht liefe aber darauf hinaus, den Aktien des betreffenden Gemeinwesens ein verstärktes Stimmrecht in dem Sinne zuzubilligen, daß sie jede unerwünschte Wahl verhindern können. Eine derartige Bevorzugung im Stimmrecht gegenüber anderen Aktionären ist unzulässig.

Das ergibt sich aus dem grundsätzlichen Verbot der Mehrstimmrechtsaktien (§ 12 AktG). Diese haben die Wirkung eines Vetorechtes, wenn Gesetz oder Satzung neben der Stimmenmehrheit eine Kapitalmehrheit vorschreiben, da sie bei der Berechnung der Kapitalmehrheit nicht mitgezählt werden. Ein Vetorecht ist im Ergebnis auch das Zustimmungsrecht eines Aktionärs zu bestimmten Beschlüssen oder Wahlen. Wie der Gesetzgeber bei

1) von Godin-Wilhelmi Anm. II 5 zu § 113 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.2 zu § 113 AktG.

2) Baumbach-Hueck Anm.3 B zu § 113 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.2 zu § 113 AktG; ebenso für das HGB: Bussmann S.61; Prenzel Diss.S.63.

3) Schmidt, Satzungen S.87; Sigloch S.139.

der Regelung der Mehrstimmrechtsaktien zu erkennen gegeben hat, sollen derartige Verstärkungen des Stimmrechts verboten sein.

Wenn besondere Aktiengattungen bestehen (§ 11 AktG), so kann für Aufsichtsratswahlen ebenso wie für andere Beschlüsse gesonderte Abstimmung der verschiedenen Aktiengattungen vorgesehen werden.¹⁾

Das ist aber etwas anderes als das Vetorecht eines Aktionärs; denn die Aktien besonderer Gattung führen im Prinzip nicht zu der Möglichkeit, daß ein oder mehrere Aktionäre einen Hauptversammlungsbeschluß von vornherein blockieren können; vielmehr ist stets ein Mehrheitsbeschluß innerhalb der Gattung erforderlich. Gleichwohl hat eine beteiligte öffentliche Körperschaft, die allein Aktien besonderer Gattung besitzt, die Möglichkeit, mit Hilfe einer Satzungsbestimmung, die gesonderte Abstimmung vorschreibt, maßgeblichen Einfluß auf die Aufsichtsratswahl auch dann zu nehmen, wenn sie nicht über die Mehrheit der Stimmen in der Hauptversammlung verfügt. Dagegen ist ein unmittelbares Zustimmungsrecht der öffentlichen Körperschaft zu der Wahl des Aufsichtsrates mit dem Gesetz nicht vereinbar.

Während Beschlüsse der Hauptversammlung grundsätzlich der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedürfen (§ 113 Abs.1 AktG), kann die Satzung speziell für Wahlen andere Bestimmungen treffen (§ 113 Abs.2 AktG). Das bedeutet allerdings nicht, daß von dem Grundsatz der Stimmenmehrheit abgegangen und die Wahl einer bestimmten Aktionärgruppe, etwa der beteiligten öffentlichen Körperschaft, übertragen werden könnte; denn dies würde einen nach § 114 Abs.1 AktG unzulässigen

1) Schlegelberger-Quassowski Anm.4 zu § 113 AktG.

Entzug des Stimmrechts der übrigen Aktionäre bedeuten.¹⁾ Dagegen ist es rechtlich möglich, für Aufsichtsratswahlen die relative Mehrheit der Stimmen genügen zu lassen;²⁾ eine derartige Satzungsbestimmung ist für öffentliche Körperschaften vorteilhaft, wenn sie nicht die Stimmmehrheit in der Hauptversammlung besitzen.

In diesem Falle kann auch die Frage Bedeutung gewinnen, ob für Aufsichtsratswahlen Verhältniswahl zulässig ist. Die öffentliche Körperschaft kann nämlich, wenn ihr eine geschlossene Mehrheit gegenübersteht, bezüglich jedes einzelnen Aufsichtsratspostens überstimmt werden. Das Verhältniswahlrecht würde ihr dagegen die Möglichkeit geben, eine ihrem Anteil am Grundkapital entsprechende Zahl von Aufsichtsratsmitgliedern zu wählen.

Man ist sich über die Unzulässigkeit der Verhältniswahl eher einig als über die Begründung hierfür.³⁾ Nach der einen Meinung⁴⁾ widerspricht sie dem Geist des Aktienwesens, weil jedes gewählte Mitglied das Gesamtinteresse der Gesellschaft und das aller Aktionäre vertreten soll. Dann müßte aber auch das Entsendungsrecht des § 88 AktG dem Wesen der Aktiengesellschaft zuwi-

-
- 1) Baumbach-Hueck Anm.3 B zu § 113 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.3 zu § 113 AktG.
 - 2) Baumbach-Hueck aaO; Schlegelberger-Quassowski aaO; Schmidt, Großkomm. Anm.10 zu § 113 AktG.
 - 3) Ablehnend: Staub-Pinner Anm.3 a zu § 251 HGB; Möhring-Schwartz S.78; Ritter Anm.5 zu § 113 AktG und Anm.2 a zu § 87 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.7 zu § 87 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm.11 zu § 113 AktG; bejahend: Teichmann-Koehler Anm.3 zu § 113 AktG, ohne Begründung Jacusiel Sp.363; Sigloch S.151.
 - 4) Schlegelberger-Quassowski Anm.7 zu § 87 AktG.

derlaufen; das ist jedoch deshalb nicht der Fall, weil auch die entsandten Mitglieder kraft Gesetzes der ganzen Gesellschaft verantwortlich sind (§§ 99, 84 AktG).

Eine zweite Meinung leitet die Unzulässigkeit der Verhältniswahl daraus her, daß eine Minderheit der Aktionäre eine Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder bestellen kann, wenn ihr gleichzeitig ein Entsendungsrecht nach § 88 AktG zusteht; denn diese Aktionäre seien von der Wahl des Aufsichtsrates nicht ausgeschlossen.¹⁾ In ähnlicher Weise argumentieren andere,²⁾ neben § 88 AktG könnten nicht noch weitere Entsendungsrechte geschaffen werden. Aber auch dies trifft nicht den Kern der Sache.

Die Unzulässigkeit des Verhältniswahlrechts ergibt sich aus der Verletzung zweier aktienrechtlicher Grundsätze. Einmal wird dadurch, daß nicht alle Aktionäre über alle Kandidaten für sämtliche Aufsichtsratsposten abstimmen können, das Stimmrecht der jeweils nicht abstimmenden Aktionäre verletzt (§ 114 Abs. 1 AktG).³⁾ Zum anderen verstößt die Verhältniswahl gegen den Mehrheitsgrundsatz (§ 113 Abs. 1 AktG); denn eine Mehrheit kann sich nicht bilden, wenn nicht alle Aktionäre an der Abstimmung teilnehmen können.⁴⁾

Die Unzulässigkeit der Verhältniswahl ist für die beteiligten öffentlichen Körperschaften angesichts der Möglichkeit, sich ein direktes Entsendungsrecht nach § 88 AktG einräumen zu lassen,

1) So Schmidt, Großkomm. Anm. 11 zu § 113 AktG.

2) Möhring-Schwartz S. 76; Ritter Anm. 5 zu § 113 AktG.

3) Staub-Pinner Anm. 3 a zu § 251 HGB.

4) Dagegen ist die für Wahlen zugelassene relative Mehrheit eine echte Mehrheit.

nicht schwerwiegend. Die Praxis hat sich außerdem oft mit Abstimmungsverträgen¹⁾ geholfen.²⁾ Vor allem die an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligten Gemeinwesen haben sich vielfach dieses Mittels bedient, um sich Einfluß auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates zu verschaffen.³⁾

II. Amtszeit und Widerruf der Bestellung des Aufsichtsrates.

Für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates sind neben dem Bestellungsrecht auch die Regelung der Amtszeit und das Abberufungsrecht bedeutsam.

Das Gesetz sieht - außer für den ersten Aufsichtsrat - eine ungefähr fünfjährige Amtszeit vor (§ 87 Abs. 1 S.2 AktG). Die Satzung kann sie nicht verlängern, wohl aber verkürzen,⁴⁾ und zwar auch für die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder verschieden.⁵⁾

Für die öffentlichen Körperschaften ist es nun wichtig, daß die auf ihren Vorschlag gewählten Mitglieder des Aufsichtsrates aus diesem Gremium ausscheiden, wenn sie den Organen der betreffenden Körperschaft nicht mehr angehören. Es finden sich deshalb häufig Satzungsbestimmungen folgender Art:

1) Vgl. oben S.81 ff.

2) Wiethölter S.310.

3) Beispiele in RGZ 133,90 (91 f.), bei Bergmann S.27 Anm.26, Bussmann S.27, Heiß S.362, Passow GWU S.164.

4) Möhring-Schwartz S.78; Schlegelberger-Quassowski Anm.15 zu § 87 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.12 zu § 87 AktG.

5) Schlegelberger-Quassowski Anm.16 zu § 87 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.14 zu § 87 AktG.

"Wer als Träger eines öffentlichen Amtes zum Mitglied des Aufsichtsrates gewählt worden ist, scheidet, wenn das Amt endigt, mit dem Schluß der nächsten darauf folgenden Hauptversammlung aus dem Aufsichtsrat aus."¹⁾²⁾

Ist eine solche Vorschrift zulässig, oder muß man darin mit Bergmann³⁾ ein verschleiertes Abberufungsrecht der öffentlichen Körperschaft sehen? Es ist Bergmann zuzugeben, daß ein Gemeinwesen ein Aufsichtsratsmitglied praktisch abberufen kann, indem es die betreffende Person des öffentlichen Amtes enthebt, falls dies möglich ist. Gleichwohl liegt in der angeführten Satzungsbestimmung nur eine zulässige bedingte Verkürzung der Amtszeit für einzelne Aufsichtsratsmitglieder. Die Entschließungsfreiheit der Hauptversammlung wird nicht beeinträchtigt, denn die Hauptversammlung kann schon bei der Wahl damit rechnen, daß die betreffenden Personen früher aus dem Amt ausscheiden werden; außerdem wird ihr das Recht, diese Mitglieder jederzeit selbst abberufen, nicht genommen.⁴⁾⁵⁾

Für Personen, die nach § 88 AktG in den Aufsichtsrat entsandt sind, braucht keine derartige Klausel in die Satzung aufgenommen zu werden, da nach § 88 Abs. 4 S.1 AktG die entsandten Aufsichtsratsmitglieder jederzeit von dem Entscheidungsberechtigten abberufen werden können.

Die Abberufung der gewählten Mitglieder steht

1) Vgl. Vorwort.

2) Eine gleiche Bestimmung enthält Art. 78 GO v. Bayern.

3) S. 13 Anm. 17 und S. 84 entgegen Boelsen S. 23 und Prenzel Diss. S. 58.

4) Vgl. den folgenden Text.

5) Im Ergebnis ebenso Schlegelberger-Quassowski Anm. 32 zu § 87 AktG; a. A. Ahrens S. 100 f.; Ritter Anm. 2 b zu § 87 AktG.

allein der Hauptversammlung zu (§ 87 Abs.2,3 AktG). Die Hauptversammlung muß den Beschluß mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen fassen; die Satzung kann aber eine andere Mehrheit vorsehen und noch andere Erfordernisse aufstellen (§ 87 Abs. 2 S.2,3 AktG). Es muß aber immer eine Mehrheit der Stimmen vorhanden sein; einer Minderheit kann das Widerrufsrecht nicht zugestanden werden.¹⁾

Die "anderen Erfordernisse" sind gleicher Art wie in § 113 Abs.1 AktG,²⁾ dürfen sich also nur auf die Art der Abstimmung beziehen.³⁾ Ebensowenig wie bei der Wahl des Aufsichtsrates ist es also hier möglich, den Widerruf der Bestellung an die Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans oder der öffentlichen Körperschaft zu binden.⁴⁾

Überhaupt ist jede Beschränkung des Abberufungsrechtes unzulässig, da es ein Korrelat zu der ausschließlichen Wahlzuständigkeit der Hauptversammlung ist. Deshalb kann es auch nicht vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig gemacht werden.⁵⁾

Dagegen sind Stimmbindungsverträge der öffentlichen Körperschaft mit anderen Aktionären ebenso wie hinsichtlich der Aufsichtsratswahl zulässig.⁶⁾

1) Möhring-Schwartz S.80; Schmidt, Großkomm. Anm.18 zu § 87 AktG.

2) Schmidt, Großkomm. aaO.

3) Vgl. oben S.158 f.

4) Möhring-Schwartz S.80; Schmidt, Satzungen S.187.

5) Bergmann S.83; Baumbach-Hueck Anm.5 A zu § 87 AktG; Schmidt, Satzungen S.187.

6) A.A. auch hier Bergmann S.88 f.

§ 14 Tätigkeit des Aufsichtsrates.

Wie sich gezeigt hat, können die öffentlichen Körperschaften auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates recht starken Einfluß ausüben. Eine gleichzeitige Verstärkung der Befugnisse dieses Gesellschaftsorgans gegenüber dem Vorstand ist allerdings wegen des zwingenden Charakters der gesetzlichen Regelung nicht möglich. Zwar können die Satzung oder der Aufsichtsrat selbst die Überwachungsbefugnisse erweitern; Anweisungen oder bindende Ratschläge kann der Aufsichtsrat dem Vorstand aber nicht erteilen.¹⁾

Verfügt die öffentliche Körperschaft im Aufsichtsrat nicht über die Mehrheit, so kann es für sie von Bedeutung sein, ob die Tätigkeit des Aufsichtsrates irgendwelchen Bindungen unterworfen werden kann. Es sind einmal vertragliche und satzungsmäßige Anweisungen zur Vornahme bestimmter Handlungen denkbar. So heißt es z.B. in einem Vertrag zwischen einer öffentlichen Körperschaft und einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft:

"Der Aufsichtsrat wird den Leiter der Kleinbahnabteilung... zum alleinvertretungsberechtigten Vorstandsmitglied bestellen."²⁾

Weder in einem Vertrag noch in der Satzung kann dem Aufsichtsrat derartiges vorgeschrieben werden. Denn die Bestellung des Vorstandes gehört zwingend zu seinem ausschließlichen Aufgabenbereich, und er hat diese Aufgabe in eigener, freier Entscheidung bestmöglich zu erfüllen.

1) Vgl. oben S. 101, 146.

2) § 3 Abs. 3 S. 1 des Betriebsführervertrages zwischen der Tecklenburger Nordbahn (Rheine-Recke-Osnabrück) AG und dem Provinzialverband

Das gleiche gilt für die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates. Auch insoweit kann ihm nichts vorgeschrieben werden.

Dagegen ist eine Bindung des Aufsichtsrates hinsichtlich solcher Aufgaben zulässig, die ihm nicht das Gesetz, sondern die Satzung zusätzlich überträgt. Denn hierdurch wird die gesetzliche Zuständigkeitsordnung nicht verletzt. -

Neben satzungsmäßigen oder vertraglichen Verpflichtungen zu bestimmten Handlungen kommen als Mittel direkter Beeinflussung der Aufsichtsrats-tätigkeit Genehmigungs- und Vetorechte der beteiligten öffentlichen Körperschaften in Betracht. Derartige Rechte waren früher weit verbreitet. Sie wurden meist von den sogenannten Vertretern der öffentlichen Interessen oder von Staatskommissaren in den Sitzungen des Aufsichtsrates ausgeübt.¹⁾

Die überwiegende Meinung hielt sie in den Fällen für unzulässig, in denen der Aufsichtsrat bei einer ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgabe von der Zustimmung oder Genehmigung einer anderen Stelle abhängig sein sollte.²⁾ Das Recht, den Vorstand zu bestellen, und das Recht, ihm Weisungen zu erteilen, waren dem Aufsichtsrat nicht durch das HGB, sondern aufgrund des § 246 Abs. 3 HGB meist durch die Satzung übertragen, so daß der Aufsichtsrat insoweit an die Zustimmung der beteiligten öffentlichen Körperschaft gebunden werden konnte.

noch Seite 166

2) der Provinz Westfalen-v.5./8.Juli 1938.

1) Vgl.oben S.14.

2) Boelsen S.58 f.;Bussmann S.60 ff.;Heymann S.139 f.;Mallon Diss.S.153 f.;Staub-Pinner

Nach dem Aktiengesetz ist die Bestellung des Vorstandes gesetzliche Aufgabe des Aufsichtsrates; Weisungen des Aufsichtsrates an den Vorstand sind ohnehin ausgeschlossen. Genehmigungs- und Vetorechte der öffentlichen Körperschaften bezüglich der gesetzlichen Aufgaben des Aufsichtsrates sind auch heute unzulässig, da sie die zwingende Kompetenzverteilung des Gesetzes verletzen und außerdem die alleinige Verantwortlichkeit des Aufsichtsrates untergraben.¹⁾

Eine Bindung der Tätigkeit des Aufsichtsrates an die Genehmigung beteiligter öffentlicher Körperschaften ist ebenso wie bei satzungsmäßigen Verpflichtungen zur Vornahme bestimmter Handlungen nur dort möglich, wo dem Aufsichtsrat zusätzliche Aufgaben übertragen sind.²⁾ Die gegenteilige Ansicht Wagners³⁾ erscheint nicht richtig. Wagner meint, Genehmigungsrechte seien in jedem Falle unzulässig, weil sie dazu führen könnten, daß das von den Aufsichtsratsmitgliedern zu wahrende Gesellschaftsinteresse den Interessen der öffentlichen Körperschaft untergeordnet werde, obwohl es nach dem Gesetz über allen Sonderbelangen stehen müsse.

Dieser Meinung ist für den durch das HGB geschaffenen Rechtszustand eine gewisse Berechtigung

noch Seite 167

2) Anm. 11 zu § 246 HGB; für Unzulässigkeit überhaupt: Wagner S. 38 f.; für Zulässigkeit aus öffentlichrechtlichen oder gewohnheitsrechtlichen Gründen: Geiler, Organisationsformen S. 36 f., Haussmann, Tochtergesellschaft S. 47.

1) Baumbach-Hueck Anm. 8 zu § 95 AktG; Schmidt, Großkomm. Anm. 26 zu § 95 AktG.

2) Schlegelberger-Quassowski Anm. 36 zu § 95 AktG; Schmidt, Großkomm. aaO.

3) S. 38 f.

gung zwar nicht abzusprechen, weil es immerhin sehr wichtige Befugnisse waren, die dem Aufsichtsrat von der Satzung übertragen und darum von der Genehmigung öffentlicher Körperschaften abhängig gemacht werden konnten. Aber im Grunde geht es nicht um die Überordnung öffentlicher Interessen über Gesellschaftsinteressen, sondern um die Eigenverantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Sie wird aber durch Genehmigungsrechte für zusätzlich übertragene Aufgaben nicht berührt. Denn einmal kann es sich dabei nur um Aufgaben von untergeordneter Bedeutung handeln. Zum anderen, und das ist entscheidend, besteht bei den zusätzlich übertragenen Aufgaben eine Verantwortlichkeit nur, soweit die Übertragung durch die Satzung reicht; ist die Erfüllung der Aufgaben an Genehmigungsvorbehalte geknüpft, so sind diese Aufgaben eben nicht ausschließlich, sondern nur mit dieser Beschränkung übertragen.

§ 15 Organisation des Aufsichtsrates.

Der Aufsichtsrat bedarf als Gesellschaftsorgan, das aus mehreren Personen besteht, notwendigerweise einer Organisation. Die Art seiner Tätigkeit, seine Beschlüsse und Handlungen hängen auch von dieser Organisation ab und können durch sie mittelbar beeinflußt werden.

Die Organisation des Aufsichtsrates ist teilweise im Gesetz geregelt. Die Satzung kann daneben weitere Bestimmungen treffen. Auf diese Weise können die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften darauf hinwirken, daß die Gewichte innerhalb des Aufsichtsrates zugunsten der ihnen nahestehenden Mitglieder verteilt werden.

I. Einberufung des Aufsichtsrates.

Der Aufsichtsrat wird zu seinen Sitzungen von dem Vorsitz der Aufsichtsratsmitglieder einberufen. Den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern stehen aber diesbezüglich weitgehende Befugnisse zu.

Nach § 94 Abs.1 AktG kann jedes Aufsichtsratsmitglied unter Angabe der Gründe verlangen, daß der Vorsitz unverzüglich den Aufsichtsrat einberuft. Zwei Aufsichtsratsmitglieder zusammen können bei Weigerung des Vorsitzers den Aufsichtsrat selbst laden (§ 94 Abs.2 AktG). Die Satzung darf dieses Selbsthilferecht auch jedem einzelnen Mitglied des Aufsichtsrates einräumen.¹⁾ Die öffentlichen Körperschaften können also über ihre Vertrauensleute im Aufsichtsrat in den meisten Fällen eine Aufsichtsrats-sitzung herbeiführen.

Für ein direktes Einberufungsrecht der öffentlichen Körperschaften besteht daher kein Bedürfnis. Es müßte zudem als unzulässig angesehen werden. § 94 AktG läßt erkennen, daß nur Mitglieder des Aufsichtsrates und des Vorstandes zur Einberufung befugt sein sollen. Die Sitzungen des Aufsichtsrates und das Recht, solche Sitzungen einzuberufen, sind Mittel der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates. Da zur Überwachung des Vorstandes ausschließlich der Aufsichtsrat berechtigt und verpflichtet ist, darf er bei dieser Tätigkeit in keiner Weise von einer anderen Stelle abhängig gemacht werden.

1) Schmidt, Satzungen S.121.

II. Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates.

Hinsichtlich der Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates läßt das Gesetz der Satzung großen Spielraum. Zwingend bestimmt es in § 89 Abs. 1 S.3 AktG nur, daß mindestens drei Mitglieder an der Beschlußfassung mitwirken müssen. Die Satzung kann weitere Erfordernisse aufstellen, z.B. Anwesenheit der Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder verlangen (so die gesetzliche Regelung bei Schweigen der Satzung, § 89 Abs.1 S.2 AktG) oder die Teilnahme von zwei Dritteln¹⁾ oder sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder vorschreiben. Desgleichen steht nichts entgegen, die Anwesenheit je der Hälfte der gewählten und entsandten Mitglieder als Voraussetzung für die Beschlußfähigkeit festzusetzen.²⁾ Auch die Bestimmung, daß der Aufsichtsrat nur beschlußfähig ist, wenn mindestens ein nach § 88 AktG entsandtes oder ein auf Vorschlag der öffentlichen Körperschaft gewähltes Mitglied anwesend ist, kann nicht beanstandet werden.³⁾

Allerdings darf in allen diesen Fällen die Handlungsfähigkeit des Aufsichtsrates nicht dadurch beseitigt werden, daß die Personen, deren Anwesenheit vorgeschrieben ist, absichtlich und ohne rechtfertigenden Grund nicht zu den Aufsichtsratssitzungen erscheinen. Trotzdem gefaßte Beschlüsse müßten dann als gültig angesehen werden.⁴⁾

1) So § 13 Abs.4 der Satzung der Pfalzwerke AG in Ludwigshafen a.Rh. mit dem Zusatz, daß sich darunter der Vorsitz oder sein Stellvertreter befinden muß.

2) So hinsichtlich der von der Hauptversammlung gewählten und von Arbeitnehmerseite entsandten Mitglieder § 11 Abs. 1 der Satzung der Württembergischen Bank AG in Stuttgart.

III. Beschlußfassung des Aufsichtsrates.

Der Aufsichtsrat faßt seine Beschlüsse in entsprechender Anwendung des § 32 Abs. 1 S.3 BGB mit einfacher Stimmenmehrheit.¹⁾ Stellt eine öffentliche Körperschaft im Aufsichtsrat weniger als die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder, so kann sie immer dann überstimmt werden, wenn ihr eine geschlossene Mehrheit gegenübersteht.

Dem könnte einmal durch die Einführung grösserer Mehrheiten für einzelne Beschlüsse begegnet werden. Dies ist an sich zulässig.²⁾ Es besteht aber eine doppelte Schranke. Bei mit bestimmten Aktiengesellschaften würde das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit eine unzulässige Behinderung der Arbeitnehmervertreter bedeuten.³⁾ Außerdem ist eine Erschwerung der Beschlußfassung bei solchen Beschlüssen unzulässig, die zur Erfüllung gesetzlich zugewiesener Aufgaben erforderlich sind,⁴⁾ also etwa für die Bestellung des Vorstandes. Dagegen könnte eine besondere Mehrheit z.B. für Beschlüsse vorgeschrieben werden, durch die der Aufsichtsrat Ausschüsse bildet.⁵⁾

Eine unzulässige Erschwerung der Beschlußfassung würde es auch bedeuten, wenn die Gültigkeit von Beschlüssen von der Zustimmung bestimm-

noch Seite 171.

3) Möhring-Schwartz S.94 bezüglich entsandter Mitglieder.

4) OLG Stuttgart in HRR 1933 Nr.1446.

1) Baumbach-Hueck Anm.3 B zu § 92 AktG.; Schmidt, Großkomm.Anm.16 zu § 92 AktG.

2) Schlegelberger-Quassowski Anm.17 zu § 92 AktG.

3) Schmidt, Großkomm.Anm.17 zu § 92 AktG; a.A. Baumbach-Hueck Anm.3 B zu § 92 AktG.

ter Aufsichtsratsmitglieder, z.B. der von der öffentlichen Körperschaft entsandten, abhängig gemacht würde. Dies würde außerdem der Struktur des Aufsichtsrates als Kollegialorgans widersprechen,¹⁾ da er allzusehr von einzelnen seiner Mitglieder abhängig gemacht würde.

IV. Stimmrecht der Aufsichtsratsmitglieder.

Eine Korrektur der Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat über das Stimmrecht der Mitglieder ist nicht möglich. Einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern kann nicht, wie es versucht worden ist,²⁾ eine größere Stimmenmacht verliehen werden als anderen.³⁾ Denn jedes Mitglied muß gleichmäßig an der Erfüllung der dem Aufsichtsrat übertragenen Aufgaben teilnehmen und ist hierfür voll verantwortlich (§§ 99,84 AktG). Diese Verantwortlichkeit kann nur bestehen, wenn alle Mitglieder die gleichen Rechte und Pflichten haben. Die Unzulässigkeit von Mehrstimmrechten im Aufsichtsrat folgt auch aus § 88 AktG, dessen Beschränkung des Entsendungsrechtes auf ein Drittel aller Aufsichtsratsmitglieder umgangen würde, wenn z.B. gerade den entsandten Mitgliedern ein stärkeres Stimmrecht eingeräumt würde.⁴⁾ Außerdem würden Mehrstimmrechte im Aufsichtsrat bei mitbestimmten

noch Seite 172.

4) Baumbach-Hueck aaO; Schmidt, Großkomm.aaO.

5) Schmidt, Großkomm. Anm.23 zu § 92 AktG.

1) Schlegelberger-Quassowski Anm.18 zu § 92 AktG.

2) Jacusiel Sp.362.

3) Baumbach-Hueck Anm.3 B zu § 92 AktG; von Godin-Wilhelmi Anm.6 zu § 92 AktG; Möhring-Schwartz S.93 f.; Schlegelberger-Quassowski Anm.20 zu § 92 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.19 zu § 92 AktG; a.A. Ritter Anm.5 zu § 92 AktG.

4) Schmidt, Großkomm. aaO.

Aktiengesellschaften das jeweils bestehende Gruppenverhältnis zwischen Arbeitnehmer- und Aktionärsvertretern verändern.¹⁾

V. Vorsitz des Aufsichtsrates.

Es kann für öffentliche Körperschaften vorteilhaft sein, den Vorsitz des Aufsichtsrates zu stellen. Er nimmt zwar nicht die gleiche Stellung gegenüber den anderen Aufsichtsratsmitgliedern ein wie der Vorsitz des Vorstandes gegenüber den anderen Vorstandsmitgliedern, sondern ist nur erster unter gleichen.²⁾ Er hat im wesentlichen die Aufsichtsratssitzungen vorzubereiten, einzuberufen und die Beschlüsse des Aufsichtsrates auszuführen. Die Satzung kann ihm aber eine stärkere Stellung verleihen, indem sie die Beschlußfähigkeit des Aufsichtsrates von seiner oder seines Stellvertreters Anwesenheit abhängig macht³⁾ oder ihm bei Stimmengleichheit (nicht bei Meinungsverschiedenheiten) das Entscheidungsrecht einräumt.⁴⁾

Während das HGB über die Bestellung des Aufsichtsratsvorsitzers schwieg und die Satzung somit freie Hand hatte,⁵⁾ schreibt das Aktiengesetz in § 92 Abs. 1 Wahl durch den Aufsichtsrat selbst vor. Die Bestellung des Vorsitzers kann daher nicht der Hauptversammlung überlassen werden.⁶⁾ Auch die Satzung kann den Vorsitz nicht

1) Baumbach-Hueck aaO; Schmidt, Großkomm. Anm. 17 zu § 92 AktG.

2) Baumbach-Hueck Anm. 2 C zu § 92 AktG.

3) Vgl. oben S. 171 Anm. 1.

4) Möhring-Schwartz S. 90; Schmidt, Großkomm. Anm. 5 zu § 92 AktG.

5) Boelsen S. 25 f.

bestimmen oder durch eine andere Stelle, etwa die beteiligte öffentliche Körperschaft, bestimmen lassen.¹⁾ Wohl kann sie bestimmte Eigenschaften als Wählbarkeitsvoraussetzungen verlangen. Der Kreis der wählbaren Personen darf aber ebenso die bei der Wahl des Aufsichtsrates durch die Hauptversammlung²⁾ nicht so sehr eingeschränkt werden, daß eine echte Auswahl nicht mehr möglich ist.

Vorschlagsrechte der öffentlichen Körperschaft³⁾ sind nicht bindend.

VI. Ausschüsse des Aufsichtsrates.

Bei größeren Aktiengesellschaften wird die Arbeit des Aufsichtsrates oft aufgeteilt und sogenannten Ausschüssen übertragen. Während das HGB hierüber keine Bestimmungen enthielt, erkennt das Aktiengesetz in § 92 Abs. 4 ihre Zulässigkeit ausdrücklich an.

Unabhängig von der Größe der Gesellschaft kann die Bildung von Aufsichtsratsausschüssen der Zusammenarbeit mit dem Vorstand und damit dem Einfluß auf dessen Geschäftsführung dienlich sein.⁴⁾

Der Aufsichtsrat wird seine Aufgabe, neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit und

noch Seite 174

6) Möhring-Schwartz S.88; Schiegelberger-Quassowski Anm.3 zu § 92 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.1 zu § 92 AktG.

1) So aber § 11 Abs.1 S.2 der Satzung der Fränkisches Überlandwerk AG in Nürnberg: "Gemäß § 5 des Gründungsvertrages... fällt der Vorsitz jeweils dem Bezirksverband Mittelfranken, der stellvertretende Vorsitz dem anderen Hauptaktionär zu."

Wirtschaftlichkeit der Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen, nur erfüllen können, wenn er mit der Geschäftsführung eng vertraut ist.¹⁾ Dem Aufsichtsrat im ganzen wird das nicht möglich sein, zum Teil weil nicht alle seine Mitglieder die dafür erforderliche Sachkunde besitzen, zum Teil weil er bei einer gewissenhaften Erfüllung seiner Aufgabe in Permanenz tagen müßte.²⁾ In diesen Fällen ist die Bildung von Ausschüssen angebracht, die mit Fachleuten besetzt sind und die für den Gesamtaufsichtsrat die Zustimmung zu einzelnen Arten von Geschäften nach § 95 Abs.5 AktG erteilen.

Die Bildung von Ausschüssen schafft auch die Möglichkeit, die unbequemen, in der Minderheit befindlichen Aufsichtsratsmitglieder von wichtigen Aufgaben auszuschließen und unter Umständen zur Einflußlosigkeit herabzudrücken, indem die Hauptarbeit in die Ausschüsse verlegt wird,³⁾ deren Zusammensetzung durch Mehrheitsbeschluß bestimmt wird. Sind die Vertreter der beteiligten öffentlichen Körperschaft im Aufsichtsrat in der Minderheit, so werden die betreffenden Gemeinwesen bestrebt sein, dafür zu sorgen, daß ihre Vertrauensleute nicht von der Mitarbeit in den Ausschüssen ferngehalten werden.

noch Seite 175

2) Vgl. oben S.156 f.

3) Beispiel in § 16 Abs.3 S.3 der Satzung der Hamburger Hochbahn AG.

4) Auch der Bundesrechnungshof empfiehlt für öffentliche Kapitalgesellschaften die Bildung von Ausschüssen, vgl. Hettlage S.294.

1) Vgl. oben S.102,147.

2) Rathenau S.13 f.

3) Es ist zulässig, Ausschüssen auch entscheidende Befugnisse mit Ausnahme der sog.handelsgesetzlichen Mindestbefugnisse zu übertragen, Baumbach-Hueck Anm.5 B zu § 92 AktG;

Dies ist nicht dadurch möglich, daß bereits durch die Satzung bestimmte Ausschüsse gebildet werden und daß ihre Zusammensetzung ebenfalls in der Satzung geregelt wird. Denn nach § 92 Abs. 4 AktG ist allein der Aufsichtsrat befugt, Ausschüsse zu bestellen; sein Bestimmungsrecht würde verletzt, wenn er nicht auch die personelle Zusammensetzung dieser Ausschüsse regeln könnte.¹⁾

Die Satzung kann auch nicht für die Erledigung der dem Aufsichtsrat zusätzlich übertragenen Aufgaben Ausschüsse bestimmen. Sie kann in diesem Fall jedoch dem Aufsichtsrat die Bestellung eines Ausschusses vorschreiben, ohne allerdings einen Einfluß auf seine personelle Zusammensetzung ausüben zu können.

Sind Aufsichtsratsmitglieder von einer öffentlichen Körperschaft nach § 88 AktG entsandt, so kann ihre Ausschaltung durch eine Satzungsbestimmung verhindert werden, nach der jedem Ausschuß sowohl gewählte als auch entsandte Mitglieder angehören müssen.²⁾ Die Zulässigkeit einer solchen Vorschrift folgt aus dem Zweck des § 88 AktG, bestimmten Aktionären einen besonderen Einfluß im Aufsichtsrat zu gewähren; die Satzung darf dann verhindern, daß dieser Einfluß durch beliebige Ausschußbildung zunichte gemacht wird.

Es kann auch ein bestimmtes zahlenmäßiges Verhältnis zwischen gewählten und entsandten Aufsichtsratsmitgliedern für jeden Ausschuß vorgeschrieben werden, jedoch gemäß der Begrenzung des § 88 Abs. 1 S. 2 AktG nicht über ein Drittel zugunsten der

noch Seite 176

3) Schmidt, Großkomm. Anm. 26 zu § 92 AktG; a. A. Ritter Anm. 6 zu § 92 AktG.

1) Schlegelberger-Quassowski Anm. 39 zu § 92 AktG.

2) Schmidt, Großkomm. Anm. 23 zu § 92 AktG.

entsandten Mitglieder hinaus.¹⁾

Hat die beteiligte öffentliche Körperschaft ein Drittel der Aufsichtsratssitze mit ihren Vertrauensleuten besetzt, so kann sie die Gefahren, welche die Bildung von Ausschüssen mit sich bringt, auch durch eine Satzungsbestimmung abwenden, die für die Bestellung von Ausschüssen eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen vorschreibt.²⁾

VII. Teilnahme von Vertretern der öffentlichen Interessen an den Sitzungen des Aufsichtsrates.

Die öffentlichen Körperschaften entsandten früher neben ihren Vertrauensleuten, die vollberechtigte Aufsichtsratsmitglieder waren, noch sogenannte Vertreter der öffentlichen Interessen oder Staatskommissare in den Aufsichtsrat. Diese Personen wohnten den Sitzungen mit beratender Stimme bei und konnten bei bestimmten Beschlüssen ein Veto einlegen.³⁾

Nach geltendem Recht dürfen Personen, die nicht Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieder sind, grundsätzlich nicht an den Sitzungen des Aufsichtsrates teilnehmen (§ 93 Abs. 1 S.1 AktG). Lediglich zur Beratung über einzelne Gegenstände können Sachverständige zugezogen werden (§ 93 Abs. 1 S.2 AktG). Gleiches gilt für Aufsichtsratsausschüsse.

Die öffentlichen Körperschaften können also an den Beratungen des Aufsichtsrates und seiner

1) Schmidt, Großkomm.Anm.23 zu § 92 AktG.

2) Vgl.oben S.172.

3) Vgl. oben S.14.

Ausschüsse nur durch Personen teilnehmen, die Vollmitglieder sind.¹⁾ Die Rechtsänderung gegenüber dem HGB wird aber durch die Möglichkeit ausgeglichen, nach § 88 AktG vollberechtigte Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden.

§ 16. Ergebnis.

Zusammenfassend läßt sich über die Möglichkeiten öffentlicher Einflußnahme auf den Aufsichtsrat und über diesen auf die Aktiengesellschaft folgendes sagen.

Der Aufsichtsrat ist als beratendes und überwachendes Organ der Aktiengesellschaft dasjenige Gremium, in dem sich die öffentliche Einflußnahme auf die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft am besten auswirken kann. Das Aktiengesetz von 1937 hat zwar die Rechte des Aufsichtsrates auf Überwachung und Aufsicht beschränkt, so daß ein positiver Einfluß auf die Geschäftsführung des Vorstandes über den Aufsichtsrat nach dem Gesetzeswortlaut nicht mehr möglich erscheint. Aber in der Praxis übt der Aufsichtsrat in den Fällen legitimerweise Mitverwaltungsbefugnisse aus, in denen ein oder mehrere an der Unternehmensführung interessierte Großaktionäre vorhanden sind. Diese Möglichkeit ist auch für eine öffentliche Körperschaft gegeben, wenn sie Großaktionär ist. Davon abgesehen sind die gesetzlichen Befugnisse des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand so stark, daß

1) Dementsprechend haben die Hamburger gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften nach Erlaß des Aktiengesetzes jene Vertreter der öffentlichen Interessen im Aufsichtsrat abgeschafft, Vogel S.164.

jedenfalls Einfluß auf die Gesellschaftsverhältnisse ohne ein entscheidendes Mitspracherecht im Aufsichtsrat nicht denkbar ist.

Eine Einwirkung auf die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder über das Stimmrecht in der Hauptversammlung hinaus ist zwar durch die Grundsätze der Wahizuständigkeit und Wahlfreiheit der Hauptversammlung beschränkt. Aber andererseits kann eine öffentliche Körperschaft sowohl über § 88 AktG, der eine Ausnahme von der grundsätzlichen Zuständigkeit der Hauptversammlung darstellt, als auch durch Stimmvereinbarungen, welche die Wahlfreiheit der Hauptversammlung nicht beeinträchtigen, großen Einfluß auf die Besetzung der Aufsichtsratsposten gewinnen. Außerdem kann durch die Bildung verschiedener Aktiengattungen für die öffentlichen und privaten Aktionäre und durch die Vorschrift getrennter Abstimmung der verschiedenen Gattungen eine Art Vetorecht der öffentlichen Seite (allerdings auch der privaten) geschaffen werden; das gleiche Ziel läßt sich unter Umständen auch durch Einführung der relativen Mehrheit für die Aufsichtsratswahl erreichen.

Das Ausscheiden der öffentlichen Vertreter aus dem Aufsichtsrat bei Wegfall des öffentlichen Amtes kann durch entsprechende Satzungsbestimmungen gesichert werden. Außerdem läßt das Gesetz für den Abberufungsbeschluß der Hauptversammlung flexible Mehrheiten zu, die der beteiligten öffentlichen Körperschaft die Möglichkeit geben, je nach der Größe ihrer Beteiligungsquote durch größere oder kleinere Mehrheitserfordernisse in der Satzung ihr Stimmgewicht zu verstärken.

Insgesamt stehen den öffentlichen Körperschaften also zahlreiche und wirksame Einwirkungsmöglichkeiten auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates zu Gebote. Damit können sie sich theoretisch auch den maßgeblichen Einfluß auf die Handlungen und Beschlüsse dieses Organs verschaffen.

Eine direkte Beeinflussung der Aufsichtsrats-tätigkeit durch satzungs- oder vertragsmäßige Verpflichtungen zur Vornahme bestimmter Handlungen ist danach nicht erforderlich, im übrigen auch nicht zulässig. Der Aufsichtsrat darf nur hinsichtlich solcher Aufgaben gebunden werden, die ihm die Satzung zusätzlich überträgt.

Eine weitere indirekte Einflußnahme auf die Tätigkeit des Aufsichtsrates ist über seine Organisation teilweise möglich. Die Einberufung kann von öffentlicher Seite leicht herbeigeführt werden. Die Beschlußfähigkeit läßt sich so regeln, daß Beschlüsse ohne die Mitwirkung öffentlicher Vertreter nicht möglich sind. Auf die Beschlußfassung kann demgegenüber nur bei den zusätzlich übertragenen Aufgaben durch verschiedene Gestaltung der Mehrheitserfordernisse eingewirkt werden; Verstärkungen des Stimmrechts einzelner Mitglieder sind nicht möglich. Dagegen kann der Einfluß der öffentlichen Seite erhöht werden, wenn sie den Vorsitz des Aufsichtsrates stellt. Das gleiche ist unter Umständen möglich, wenn Ausschüsse gebildet werden, denen wichtige Aufgaben übertragen werden und in die überwiegend öffentliche Aufsichtsratsmitglieder delegiert werden. Auf der anderen Seite ist es möglich, durch Satzungsbestimmungen die Ausschaltung öffentlicher Aufsichtsratsmitglieder im Wege der

Ausschußbildung zu verhindern.

Nach alledem können die beteiligten Gemeinwesen durch ihre Vertreter im Aufsichtsrat und durch entsprechende Satzungs- und Vertragsgestaltung in sehr differenzierter Weise Einfluß auf dieses wichtigste Gesellschaftsorgan gemischtwirtschaftlicher Aktiengesellschaften ausüben, und zwar sowohl positiv im Sinne der Herbeiführung bestimmter Handlungen und Beschlüsse als auch negativ in dem Sinne, daß eine Ausschaltung des öffentlichen Einflusses durch die private Seite verhindert wird. -

Der Regierungsentwurf für ein neues Aktiengesetz ändert an diesem Rechtszustand kaum etwas. Er behält den Aufsichtsrat als ausschließliches Überwachungsorgan bei. Neben sonstigen geringfügigen Änderungen sieht er eine erweiterte Berichterstattungspflicht des Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat vor;¹⁾ dadurch soll der Aufsichtsrat die Möglichkeit erhalten, auf die Geschäftspolitik der Gesellschaft und auf wichtige Geschäftsführungsmaßnahmen beratend einzuwirken.²⁾ Dies würde für diejenigen gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften, bei denen der Aufsichtsrat bisher keine Mitverwaltungsbefugnisse ausgeübt hat, neue Möglichkeiten für eine Beeinflussung des Vorstandes und seiner Unternehmensführung eröffnen; ob diese Möglichkeiten tatsächlich genutzt würden, dürfte aber wie bisher eine Frage der allgemeinen Machtverteilung innerhalb der Aktiengesellschaft sein, also insbesondere davon abhängen, ob ein Aktionär oder eine Aktionärsgruppe das Stimmgewicht und die unternehmerischen Interessen eines Großaktionärs besitzt.

1) § 87 RegE.

2) Begründung zum RegE S.122.

6. Kapitel: Einfluß in der Hauptversammlung.

§ 17 Zuständigkeit und Bedeutung der Hauptversammlung in der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft.

Die Hauptversammlung ist das einzige Organ der Aktiengesellschaft, dem eine öffentliche Körperschaft als solche angehören kann. Auch wenn die öffentliche Körperschaft als juristische Person durch Vertreter handeln muß, ist die Hauptversammlung doch dasjenige Organ, in dem sie ihren Willen durch weisungsgebundene Vertreter oder durch das Vertretungsorgan selbst unmittelbar zur Geltung bringen kann.

Die Generalversammlung des HGB hatte umfassende gesellschaftliche Rechte. Sie beschloß als "oberstes Willensorgan" der Gesellschaft¹⁾ über alle Angelegenheiten, die ihrer Zuständigkeit nicht ausdrücklich durch Gesetz oder Satzung entzogen waren.²⁾ Sie befand nicht nur über den rechtlichen und wirtschaftlichen Aufbau der Gesellschaft, sondern war auch höchste Instanz in Fragen der Geschäftsführung (§ 250 HGB) und konnte den Vorstand an ihre Weisungen binden.³⁾

1) Vgl. RG in JW 1908, 462 (464), JW 1909, 509 f.; RGZ 73, 234 (236); 118, 67 (69); einschränkend RGZ 43, 283; 117, 203; 142, 219; entschiedener für die Generalversammlung als oberstes Organ dagegen die überwiegende Meinung im Schrifttum, vgl. die Zusammenstellung bei Wiethölter S. 83.

2) Staub-Pinner Anm. 7 zu § 250 HGB.

3) Vgl. oben S. 100.

Angesichts dieser starken Stellung der Generalversammlung verwundert es nicht, daß die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften meist danach strebten, die Aktienmehrheit - oft 50 % plus 1 Aktie - zu erwerben,¹⁾ um dadurch bestimmenden Einfluß auf die Gesellschaft im ganzen zu gewinnen. Es herrschte allgemein die Ansicht, daß die öffentlichen Interessen durch Erwerb der Aktienmehrheit ausreichend gewahrt werden könnten.²⁾ Wenn gleichwohl in vielen gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften das Gewicht nicht bei der Generalversammlung, sondern beim Aufsichtsrat lag,³⁾ so mag dies seine Ursache darin gehabt haben, daß die öffentlichen Körperschaften glaubten, ihren Einfluß auch in den Verwaltungsorganen verankern zu müssen, um sich nicht dem Vorwurf ungenügender Wahrung der öffentlichen Interessen auszusetzen. Außerdem war die Generalversammlung wegen der oft großen Zahl der Aktionäre und wegen ihres fehlenden Einblicks in die schwierigen Fragen der Geschäftsführung meist nicht in der Lage, von den ihr zustehenden Möglichkeiten Gebrauch zu machen.⁴⁾

Das Aktiengesetz von 1937 hat die Rechte der Hauptversammlung wesentlich beschnitten. Diese kann nur noch in den im Gesetz und in der Satzung ausdrücklich bestimmten Fällen entscheiden (§ 103 Abs. 1 AktG). Der gesetzliche Zuständigkeitskatalog hat sich zwar, abgesehen von dem Entzug des

1) Passow GWU S.156; Prenzel Diss.S.32.

2) Bussmann S.21,68;Frielinghaus S.468;Laux S.44 f.; Müller S.866.

3) Vgl.Bussmann S.68; Prenzel Diss.S.60 und oben S.146.

4) Geßler S.497.

Rechts auf Feststellung des Jahresabschlusses (vgl. § 260 HGB und § 125 AktG), nicht sehr verändert. Aber die Neuerung gegenüber dem alten Recht ist in einer negativ gefaßten Bestimmung (§ 103 Abs. 2 AktG) enthalten: die Hauptversammlung kann in Fragen der Geschäftsführung nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt.

Für die an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften bedeutet dies, daß die Höhe ihrer Kapitalbeteiligung nicht mehr in dem Maße ausschlaggebend für ihren Einfluß in der Gesellschaft ist wie unter der Geltung des HGB. Soweit jedenfalls eine öffentliche Körperschaft Einfluß auf die Geschäftsführung erstrebt, ist das geeignete Organ für die Einflußnahme der Aufsichtsrat, der dem Vorstand weit näher steht als die Hauptversammlung der Aktionäre.

Aber auch wenn über die Hauptversammlung die Geschäftsführung nicht unmittelbar beeinflußt werden kann, so ist über dieses Organ doch ein starker mittelbarer Einfluß möglich: es wählt den Aufsichtsrat, der seinerseits den Vorstand zu bestellen und abzuberufen hat, beschließt über die Entlastung dieser Organe (§ 104 AktG), entscheidet über die Abberufung des Aufsichtsrates (§ 87 Abs. 2 AktG) und kann auch unmittelbar die Stellung des Vorstandes durch Abgabe eines Mißtrauensvotums erschüttern.¹⁾

Die Hauptversammlung ist außerdem nach wie vor für die grundlegenden Entscheidungen des gesellschaftlichen Lebens der Aktiengesellschaft

1) Vgl. oben S.110 f.

zuständig: für Satzungsänderungen einschließlich der Maßnahmen der Kapitalbeschaffung und Kapitalherabsetzung (§§ 145, 149, 153, 159, 169, 174, 175, 192 AktG), für die Auflösung der Gesellschaft und die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft (§§ 203 Abs. 1 Nr.2, 215 AktG), für Verschmelzung und Umwandlung (§§ 234, 247, 257 AktG) sowie für Vermögensübertragung, Gewinngemeinschaft und Betriebsverpachtung (§§ 253 - 256 AktG). Inso- weit sind die Hauptversammlung und die Einwirkung auf ihre Beschlüsse auch für die beteiligten öffentlichen Körperschaften überaus wichtig, und zwar unabhängig davon, ob sie Einfluß auf die Geschäftsführung erstreben oder nicht. Denn die von der Hauptversammlung zu entscheidenden grund- legenden Fragen berühren in fast jedem Falle das Kapitalinteresse und nicht selten auch die sonstigen Interessen der öffentlichen Körper- schaften.

Daher ist es für die beteiligten Gemeinwesen auch unter dem geltenden Recht eine wichtige Frage, ob sie sich innerhalb der Hauptversamm- lung Einfluß über ihren nominellen Stimmenan- teil hinaus verschaffen können, wenn dieser nicht von vornherein so groß ist, daß die übrigen Aktionäre in jedem Falle überstimmt werden können.¹⁾

1) Auch heute noch strebt die öffentliche Hand in erster Linie nach der Stimmenmehrheit. So haben sich z.B. beim RWE fast alle der etwa 70 öffent- lichen Aktionäre zu einem "Verband der kommunalen Aktionäre des RWE" in einer GmbH zusammenge- schlossen, deren satzungsmäßiger Zweck u.a. die Aufrechterhaltung der kommunalen Stimmenmehrheit ist. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Mit- glieder verpflichtet, jeweils ein (nach der Einwohnerzahl) bestimmtes Aktienpaket zu halten und der GmbH bei Veräußerungsabsicht Mitteilung zu machen.

§ 18 Tätigkeit der Hauptversammlung.

Die beteiligten öffentlichen Körperschaften haben immer wieder versucht, die Beschlüsse der Hauptversammlung durch Satzungsbestimmungen und Verträge in eine bestimmte Richtung zu lenken, genauer, die Gesellschaft dazu zu verpflichten, durch die Hauptversammlung bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen.

Für die erste Alternative wurden bereits zwei Fälle angeführt¹⁾: die Gesellschaft verpflichtet sich zur Wahl bestimmter Personen in den Aufsichtsrat oder zu einer Satzungsänderung. Beide Verpflichtungen wurden als unzulässig gekennzeichnet, weil sie die Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung in Angelegenheiten beeinträchtigen, die ihr das Gesetz zwingend zur Erledigung zuweist.

Aus dem gleichen Grunde kann der Hauptversammlung nicht verboten werden, bestimmte Beschlüsse zu fassen. Eine solche Beschränkung ist nur dort möglich, wo das Gesetz selbst sie ausdrücklich erlaubt. So kann beispielsweise nach § 52 S.1 Halbsatz 2 AktG die Satzung den Reingewinn nach Belieben von der Verteilung ausschließen und der Hauptversammlung das ihr nach § 126 AktG zustehende Recht, über die Verteilung des Reingewinnes zu beschließen, insoweit entziehen.²⁾ Wo dagegen die Hauptversammlung nach dem Willen des Gesetzes frei entscheiden soll wie z.B. bei der Wahl des Aufsichtsrates, darf keine

1) Vgl. oben S.157 und S.73 ff.

2) BGHZ 23,150; LG Hamburg in Die Aktiengesellschaft 1957, 232 ff.

Satzungsvorschrift die Entschließungsfreiheit der Hauptversammlung beeinträchtigen.

Die Zulässigkeit satzungsmäßiger Beschränkung des Gewinnverteilungsrechtes der Hauptversammlung bedeutet noch nicht, daß eine Aktiengesellschaft sich auch vertraglich verpflichten könnte, Dividenden nur bis zu einem gewissen Prozentsatz auszuschütten. Das Reichsgericht hat in RGZ 83, 377 freilich einen solchen Vertrag für zulässig gehalten. Es führt dazu aus: die Freiheit der Generalversammlung sei nicht verletzt, denn es gebe keinen Rechtssatz, daß die Gesellschaft den Aktionären gegenüber in ihrer Betätigung frei sein müßte und sich nicht durch Verträge gegenüber Dritten binden könne;¹⁾ außerdem könne schon die Satzung nach § 215 HGB die Generalversammlung in der Verteilung des Gewinnes beschränken.²⁾

Wenn die Ansicht des Reichsgerichtes richtig wäre, so müßte sich der Satz, gesetzwidrigen Satzungsbestimmungen könne nicht durch die Hintertür des Vertrages zur Wirksamkeit verholfen werden,³⁾ umkehren lassen in die Schlußfolgerung: alles, was nach dem Willen des Gesetzes durch die Satzung geregelt werden kann, muß auch Gegenstand eines mit der Gesellschaft geschlossenen Vertrages sein können.

Dies trifft aber zumindest hier nicht zu. Denn die Entschließungsfreiheit der Hauptversammlung bezüglich der Gewinnverteilung wird durch einen Vertrag, welcher der Gesellschaft die Ausschüttung von Gewinn über einen bestimmten Prozentsatz

1) RGZ 83, 382.

2) RGZ 83, 383.

3) RGZ 49, 60; vgl. oben S. 158.

hinaus verbietet, weitergehend beeinträchtigt als durch eine entsprechende Satzungsbestimmung. Die Hauptversammlung kann nämlich eine Satzungs-vorschrift selbst durch qualifizierten Mehrheits-beschluß aufheben und den Gewinn alsdann nach Belieben verteilen. An einen Vertrag wäre die Hauptversammlung dagegen für die vereinbarte Zeit oder sogar auf unbestimmte Zeit gebunden. Hieran ändert die Tatsache nichts, daß ein dem Vertrag entgegenstehender Hauptversammlungsbe-schluß gültig ist und lediglich eventuelle Schadensersatzansprüche des Vertragspartners nach sich zieht. Denn die Aktionäre könnten ge-erade durch die drohenden Regreßansprüche in ihrer Entscheidung maßgeblich beeinflußt werden.

Der tiefere Grund für die unterschiedliche Beurteilung einer satzungsmäßig festgelegten und einer vertraglich vereinbarten Höchstdi-vidende dürfte darin liegen, daß der Grundsatz der verbandsautonomen Gestaltung der Gesell-schaftsverhältnisse durch die Aktionäre im ersten Fall ihren Ausdruck, im zweiten Fall dagegen eine Beschränkung erfährt; denn die Satzungsbe-stimmung wird von den Aktionären selbst be-schlossen, die vertragliche Verpflichtung da-gegen wird vom Vorstand kontrahiert und den Aktionären aufgezwungen.¹⁾

Entgegen der Ansicht des Reichsgerichtes müs-sen also Verträge der angeführten Art als un-zulässig angesehen werden.²⁾ -

Nicht selten haben öffentliche Körperschaften

1) Vgl. auch oben S. 73 ff.

2) Im Ergebnis ebenso Prenzel Diss.S.62 f.

die Beschlußfähigkeit der Hauptversammlung auch dadurch zu beeinflussen versucht, daß sie sich in der Satzung oder in Verträgen Zustimmungs- oder Vetorechte hinsichtlich bestimmter Hauptversammlungsbeschlüsse einräumen ließen.¹⁾ Soweit es sich dabei um Angelegenheiten handelt, die das Gesetz zwingend der Hauptversammlung zur Erledigung zuweist wie z.B. Satzungsänderungen, Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat etc., sind solche Bestimmungen wegen Verletzung der zwingenden Zuständigkeitsordnung des Gesetzes und wegen Verletzung der Entscheidungsfreiheit der Hauptversammlung nichtig. Die Unzulässigkeit solcher Zustimmungs- und Vetorechte²⁾ kann auch nicht dadurch umgangen werden, daß man sie als weiteres Beschlußerfordernis im Sinne des § 113 Abs. 1 AktG in der Satzung festlegt.³⁾

Dies gilt nicht nur für Angelegenheiten, die der Hauptversammlung zusätzlich von der Satzung zugewiesen werden, wie z.B. die Zustimmung zur Übertragung von Namensaktien (§ 61 Abs. 3 AktG).⁴⁾ Allerdings wird auch hier nur die Satzung das Zustimmungserfordernis aufstellen können, da auch nur sie die Aufgabe übertragen kann. Ein vertraglich vereinbartes Recht der öffentlichen Körperschaft zur Mitwirkung bei der Entscheidung würde ebenso wie bei der Festlegung einer Höchstdividende den Grundsatz der Verbandsautonomie der Aktiengesellschaft verletzen. -

-
- 1) Beispiele bei König S.80; ferner § 23 des Konzessionsvertrages zwischen der Hansestadt Bremen und der Bremer Straßenbahn AG sowie § 36 Buchstabe b.) und h.) der Satzung der Kleinbahn Tecklenburger Nordbahn (Rheine-Recke-Osnabrück) AG in Rheine.
 - 2) Die schon Boelsen S.67 f., Passow GWU S.153, Prenzel Diss.S.57 unter der Geltung des HGB für gesetzwidrig hielten.

Die bisher erörterten Möglichkeiten eröffnen somit den an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten öffentlichen Körperschaften nur geringfügigen Einfluß auf die Beschlußfähigkeit der Hauptversammlung über den eigenen Stimmenanteil hinaus. Das wirksamste Mittel, Einfluß in diesem Sinne auszuüben, sind Abstimmungsvereinbarungen mit anderen Aktionären.¹⁾

§ 19 Organisation der Hauptversammlung.

Ebenso wie bei Vorstand und Aufsichtsrat ist über die Organisation der Hauptversammlung eine mittelbare Beeinflussung der Tätigkeit dieses Gesellschaftsorgans möglich.

I. Einberufung der Hauptversammlung.

Eine beteiligte öffentliche Körperschaft kann die Einberufung und Abhaltung einer außerordentlichen Hauptversammlung leicht herbeiführen. Wenn sie nur über 5% des Grundkapitals verfügt, kann sie von Vorstand und Aufsichtsrat die Einberufung einer Hauptversammlung verlangen; allerdings muß sie dafür Gründe nennen (§ 106 Abs. 2, 4 AktG). Die Satzung kann dieses Recht sogar an einen geringeren Aktienbesitz knüpfen.

Es wird allgemein auch für zulässig gehalten, daß der öffentlichen Körperschaft direkt oder ihrem gesetzlichen Vertreter oder der Aufsichtsbehörde²⁾ ein Einberufungsrecht eingeräumt wird.³⁾

noch Seite 190

3) Vgl. oben S. 158 f.

4) Ebenso Ulmschneider S. 59 mit der Begründung, es handele sich um eine zweitrangige Entscheidung.

1) Vgl. oben S. 81 ff.

2) Beispiel in § 29 Abs. 2 der Elmshorn-Barmstedt-Oldesloher Eisenbahn AG in Elmshorn.

Dies war schon nach HGB möglich.¹⁾ Die Rechte des Vorstandes und des Aufsichtsrates bleiben unberührt.

II. Beschlußfähigkeit der Hauptversammlung.

Über die Beschlußfähigkeit der Hauptversammlung enthält das Gesetz keine Bestimmungen. Die Hauptversammlung ist deshalb bereits beschlußfähig, wenn nur ein Aktionär erschienen ist.²⁾

Die Satzung kann aber besondere Erfordernisse aufstellen.³⁾ Es dürfte zulässig sein, daß sie bei Vorhandensein mehrerer Aktiengattungen die Anwesenheit von Aktionären jeder Gattung vorschreibt, da dies schon in den Fällen, in denen gesonderte Abstimmung einzelner Aktiengattungen vorgesehen ist, Voraussetzung der Beschlußfähigkeit ist, und da diese getrennte Abstimmung auch für andere Beschlüsse vorgesehen werden kann. Dann sind auch Satzungsbestimmungen gültig, welche die Anwesenheit des oder der öffentlichen Aktionäre vorschreiben.

III. Beschlußfassung der Hauptversammlung.

Für die Beschlußfassung in der Hauptversammlung gilt der Grundsatz der einfachen Stimmenmehrheit, § 113 Abs. 1 AktG. Relative Mehrheit kann nur für Wahlen vorgesehen werden.⁴⁾

noch Seite 191

3) Baumbach-Hueck Anm.2 zu § 105 AktG; von Godin-Wilhelmi Anm.3 zu § 105 AktG; Möhring-Schwartz S.100; Ritter Anm. 4 zu § 105 AktG; Schlegelberger-Quassowski Anm.3 zu § 105 AktG; Schmidt, Großkomm.Anm.4 zu § 105 AktG.

1) Staub-Pinner Anm.2 zu § 253 HGB; Boelsen S.20; Jeglin S.25; Prenzel Diss.S.61.

2) RGZ 34, 116; 82,368.

Besitzt eine öffentliche Körperschaft nicht die Stimmenmehrheit und will sie das reine Mehrheitsprinzip mildern, so kann sie dies auf verschiedenen Wegen erreichen. Einmal sind Satzungsbestimmungen möglich, die allgemein oder für bestimmte Fälle die einfachen und qualifizierten Mehrheitserfordernisse des Gesetzes erhöhen, z.B. statt der einfachen Mehrheit Dreiviertelmehrheit oder statt der gesetzlich vorgeschriebenen Dreiviertelmehrheit Vierfünftelmehrheit vorsehen. Die Stimmen der in der Minderheit befindlichen öffentlichen Körperschaften erhalten dann insofern mehr Gewicht, als die Fassung der betreffenden Beschlüsse von ihnen verhindert werden kann.

Desgleichen kann die Satzung qualifizierte Kapitalmehrheiten vorschreiben. Dies ist für öffentliche Körperschaften aber nur dann sinnvoll, wenn andere Aktionäre Mehrstimmrechte besitzen, weil in der Regel nur dann Stimmen- und Kapitalmehrheit auseinanderfallen können.

Für die Verschärfung aller Mehrheitserfordernisse besteht jedoch nach Schmidt¹⁾ eine Schranke dort, wo eine Pflicht der Hauptversammlung zur Beschlußfassung anzunehmen ist. Die vorgeschriebene Beschlußfassung soll nicht durch qualifizierte Mehrheiten erschwert werden. Das gilt aber nur in den Fällen, in denen nach dem Gesetz die einfache Mehrheit entscheiden und genügen soll, nicht hingegen dort, wo das Gesetz durch das Erfordernis einer größeren Mehrheit davon aus-

noch Seite 192

3) Schmidt, Großkomm.Anm.7 zu § 113 AktG.

4) Vgl. oben S.160 f.

1) Großkomm.Anm.5 zu § 113 AktG.

geht, daß der betreffende Beschluß nicht unter allen Umständen gefaßt werden muß.¹⁾

Mit der gleichen Einschränkung kann die Satzung für Beschlüsse der Hauptversammlung auch Einstimmigkeit vorsehen,²⁾ wodurch die öffentliche Körperschaft diejenigen Beschlüsse, die ihren Interessen zuwiderlaufen, auf jeden Fall verhindern kann.

Ein anderes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen, ist die Schaffung von Aktien besonderer Gattung in Verbindung mit Satzungsvorschriften, die über die gesetzlich vorgesehenen Fälle hinaus für einzelne oder alle Beschlüsse getrennte Abstimmung der verschiedenen Aktiengattungen vorsehen.³⁾

IV. Stimmrecht in der Hauptversammlung.

Die Möglichkeiten einer Verstärkung des Stimmrechts über den nominellen Stimmenanteil hinaus sind sehr beschränkt.

Unter der Geltung des HGB waren Aktien mit erhöhtem Stimmrecht grundsätzlich zulässig (§ 252 Abs. 1 S.4 HGB) und bei gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften weit verbreitet.⁴⁾ Die öffentlichen Körperschaften konnten durch sie die Stimmenmehrheit erlangen, ohne einen entsprechenden Anteil am Grundkapital zu besitzen. Auch heute

1) Schmidt, Großkomm. Anm.5 zu § 113 AktG.

2) Schmidt, Großkomm. Anm.2 zu § 113 AktG; a.A. Möhring-Schwartz S.138.

3) Möhring-Schwartz S.134; Schmidt, Satzungen S.87. - In der größten gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft Deutschlands, dem RWE, sieht die Satzung neben Stammaktien und Vorzugsaktien auch Namensaktien mit 20-fachem Stimmrecht vor (§§ 3,23 Abs.7), die ausdrücklich als Aktien besonderer Gattung bezeichnet sind (§ 3 Abs.2) und die nur öffentlichen Körperschaften gehören. Allerdings ist außer

finden sich noch häufig Mehrstimmrechte,¹⁾ obwohl § 12 Abs. 2 AktG sie für unzulässig erklärt; mit behördlicher Genehmigung sind Ausnahmen möglich.

Die Bedeutung von Mehrstimmrechtsaktien ist dadurch stark eingeschränkt, daß für fast alle wichtigen Beschlüsse der Hauptversammlung neben der Stimmenmehrheit eine einfache oder gar qualifizierte Kapitalmehrheit erforderlich ist, bei deren Berechnung die Mehrstimmrechte nicht mitzählen. Diese können sich daher im wesentlichen nur noch bei der Wahl und Abberufung des Aufsichtsrates sowie bei der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat positiv auswirken.

Eine Verstärkung des Stimmrechts der in öffentlicher Hand befindlichen Aktien ist weiter theoretisch dadurch erreichbar, daß der oder die anderen Aktionäre Vorzugsaktien ohne Stimmrecht übernehmen. Diese Aktien müssen nach § 115 Abs. 1 AktG aber mit einem Vorzug bei der Gewinnverteilung ausgestattet sein, so daß dieser Weg für die öffentlichen Körperschaften recht kostspielig sein kann.

Als dritte Möglichkeit bleibt die Festsetzung eines Höchststimmrechtes oder von Abstufungen des Stimmrechts (§ 114 Abs. 1 S. 3 AktG). Höchststimmrechte können für öffentliche Körperschaften nur dann von Interesse sein, wenn ein anderer Aktionär ein Aktienpaket besitzt, das größer als dasjenige des beteiligten Gemeinwesens ist. Sie

noch Seite 194

- 3) für die Einziehung dieser Aktien (§ 3 Abs. 3) keine getrennte Beschlußfassung vorgesehen; das ist in diesem Fall auch nicht erforderlich, weil mit den Aktien besonderer Gattung durch das 20-fache Stimmrecht ja bereits genügend Einfluß verbunden ist.

können ebenso wie abgestufte Stimmrechte nur allgemein als Abänderung des Inhalts aller Stimmrechte festgesetzt werden; die Satzung kann also nicht die in öffentlicher Hand befindlichen Aktien von den Beschränkungen ausnehmen, da sonst verkappte Mehrstimmrechte geschaffen würden.¹⁾ Im übrigen darf von den Möglichkeiten des § 114 Abs. 1 S.3 AktG ebenso wie bei Mehrstimmrechtsaktien nur mit behördlicher Genehmigung Gebrauch gemacht werden.²⁾

V. Vorsitz der Hauptversammlung.

Den Vorsitz der Hauptversammlung kann die Satzung bestimmen, da das Gesetz schweigt.³⁾ Es ist also zulässig, in der Satzung z.B. den Bürgermeister der beteiligten Stadt zum Vorsitz zu ernennen.

noch Seite 194

- 4) Vgl. König S.76; Wagner S.20.- Über ihren Entstehungsgrund Anfang der zwanziger Jahre vgl. Hachenburg, Einleitung Anm.13 S.15 - 18.

noch Seite 195

- 1) Z.B. ist in § 21 der Satzung der Hamburgischen Electricitätswerke AG dem Staat Hamburg ein 40-faches Stimmrecht eingeräumt; vgl. ferner oben S.194 Anm.3.
- 1) Schmidt, Großkomm. Anm.10 zu § 114 AktG.
- 2) § 13 der 3. Durchführungsverordnung zum AktG. vom 21.12.1938 (RGBl. I S.1839).
- 3) Von Godin-Wilhelmi Anm. I zu § 110 AktG; Möhring-Schwartz S.119; Schmidt, Großkomm. Anm.13 zu § 103 AktG.

§ 20 Ergebnis.

Zusammenfassend ist folgendes festzuhalten.

Über die Hauptversammlung kann heute im Gegensatz zur Zeit vor 1937 kein direkter Einfluß auf die Leitung der Aktiengesellschaft mehr ausgeübt werden. Die Frage der Mehrheitsbeteiligung öffentlicher Körperschaften hat insoweit an Bedeutung verloren. Gleichwohl bleiben die Einflußmöglichkeiten in der Hauptversammlung für die beteiligten Gemeinwesen sehr wichtig, weil die Hauptversammlung ebenso wie die Generalversammlung des HGB die grundlegenden Entscheidungen für die Aktiengesellschaft zu treffen hat.

Die Hauptversammlung ist in ihren Entschlüssen grundsätzlich frei. Dieser Grundsatz schließt Satzungsbestimmungen oder vertragliche Vereinbarungen aus, die der Hauptversammlung eine bestimmte Beschlußfassung vorschreiben oder verbieten; Beschränkungen sind nur dort möglich, wo das Gesetz selbst sie zuläßt oder wo es sich um Aufgaben handelt, deren Erledigung der Hauptversammlung durch die Satzung zusätzlich übertragen worden ist.

Zustimmungs- oder Vetorechten der öffentlichen Körperschaft in bezug auf Beschlüsse der Hauptversammlung stehen der genannte Grundsatz und die zwingende Kompetenzverteilung des Gesetzes entgegen; derartige Rechte können aber für solche Angelegenheiten statuiert werden, die der Hauptversammlung satzungsmäßig zugewiesen sind.

Weitreichenden Einfluß auf die Beschlüsse der Hauptversammlung kann eine öffentliche Körper-

schaft dadurch erlangen, daß sie mit anderen Aktionären Stimmbindungsverträge eingeht.

Mittelbare Einwirkungsmöglichkeiten auf die Beschlußstätigkeit der Hauptversammlung sind in beschränktem Umfang über die Ausgestaltung der Organisation möglich. Die öffentliche Körperschaft kann sich sowohl das Recht zur Einberufung der Hauptversammlung als auch das Recht, deren Vorsitz zu stellen, durch die Satzung einräumen lassen.

Die Beschlußfähigkeit der Hauptversammlung kann an die Anwesenheit von Vertretern des öffentlichen Aktionärs geknüpft werden.

Das einfache Mehrheitsprinzip kann durch getrennte Abstimmung verschiedener Aktiengattungen durchbrochen werden, dagegen durch qualifizierte Mehrheiten oder durch Einstimmigkeit nur für solche Beschlüsse, bei denen keine Pflicht der Hauptversammlung zur Beschlußfassung anzunehmen ist.

Modifizierungen des Stimmrechts durch Mehrstimmrechtsaktien, Höchststimmrechte und Abstufungen des Stimmrechts sind nur mit behördlicher Genehmigung möglich. Die Ausgabe von Vorzugsaktien ohne Stimmrecht an die anderen Aktionäre ist für öffentliche Körperschaften wegen der damit verbundenen finanziellen Einbußen oder Risiken wenig praktisch. -

Der Regierungsentwurf für ein neues Aktiengesetz verstärkt die Stellung der Hauptversammlung in einigen Punkten. Er legt die Bildung offener Rücklagen in die Hand der Aktionäre.¹⁾

1) § 55 RegE.

Eine Stärkung der Hauptversammlung gegenüber dem Vorstand bedeutet es auch, daß die Hauptversammlung den Vorstand anweisen kann, eine von ihr gewünschte und von ihr zu treffende Beschlußfassung vorzubereiten.¹⁾

Diese Erweiterungen der Befugnisse der Hauptversammlung würden die Einflußmöglichkeiten der an gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaften beteiligten Gemeinwesen vermehren. Allerdings sollen Mehrstimmrechte gänzlich verboten werden.²⁾

§ 21 Anhang: Einfluß in fakultativen Organen.

Neben den notwendigen Gesellschaftsorganen kann die Satzung fakultative Organe vorsehen. Als solche kommen Beiräte oder Verwaltungsräte und Aktionärsausschüsse in Betracht.

Das Gesetz selbst spricht in § 128 Abs.2 Nr.7 AktG von Beiräten, setzt also ihre Zulässigkeit voraus. Auch das HGB ließ sie zu.³⁾ Sie waren früher sehr beliebt.⁴⁾ Auch heute sind sie in großen Gesellschaften anzutreffen.⁵⁾ Einem Beirat oder Verwaltungsrat gehören in der Regel außer den Mitgliedern des Aufsichtsrates⁶⁾ Personen an, die an dem Unternehmen nicht unmittelbar interessiert sind, ihm aber aufgrund ihrer

1) § 80 RegE.

2) § 12 Abs.2 RegE; vgl. dazu unten S.215 f.

3) Staub-Pinner Anm.15 zu § 246 HGB.

4) Schmidt, Großkomm.Anm.28 zu § 95 AktG.

5) So z.B. beim RWE, § 20 der Satzung.

6) Die im genannten Fall des RWE das Präsidium des Beirates bilden, § 20 Abs. 1 der Satzung.

Fachkenntnis oder ihrer besonderen Stellung nutzen können.¹⁾ Sie sind für gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaften besonders geeignet, weil über sie Personen Einfluß auf die Gesellschaft gewinnen können, denen an der Wahrung öffentlicher Interessen durch das Unternehmen gelegen ist. Allerdings läßt das Aktiengesetz im Gegensatz zum HGB nur eine beschränkte Einflußnahme solcher Gremien zu. Einem Beirat können keinerlei Rechte eingeräumt werden, die das Gesetz dem Vorstand, dem Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung zuweist, soweit diese Zuweisung - wie meist - eine zwingende Kompetenzregelung darstellt.²⁾ Ein Beirat oder Verwaltungsrat kann daher nur beratende Funktion haben.

Das gleiche gilt für Aktionärsausschüsse. Sie können bei Gesellschaften mit zahlreichen Aktionären gebildet werden, um zwischen den Aktionären und der Verwaltung nähere Beziehungen herzustellen.³⁾ Für öffentliche Körperschaften kommen sie lediglich dann als Einflußmöglichkeit ernsthaft in Betracht, wenn deren Aktienbesitz sehr gering ist und sie in keiner Weise sonst eine besondere Stellung innerhalb der Gesellschaft einnehmen.

1) Prenzel, GruchBeitr.63, 66.

2) Baumbach-Hueck Übersicht 1 C vor § 70 AktG; Möhring-Schwartz S.103; Schmidt, Großkomm. Anm.28 zu § 95 AktG.

3) Schmidt, Großkomm. Anm.7 zu § 102 AktG.

S c h l u ß

7. Kapitel: Die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft de lege ferenda.

§ 22 Bedürfnis für eine Neuregelung?

I. Fragestellung.

Die vorstehenden Untersuchungen führen zu der Frage, ob die gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft, vom öffentlichen Interesse und Einfluß aus betrachtet, als geeignete Gesellschaftsform für gemischtwirtschaftliche Unternehmen angesehen werden kann. Dies ist eine Frage de lege ferenda: wenn die Aktiengesellschaft nicht geeignet erscheint, könnte es erforderlich sein, eine besondere Rechtsform für gemischtwirtschaftliche Unternehmen zu schaffen oder wenigstens Sonderregelungen zugunsten der öffentlichen Hand in das Aktiengesetz einzufügen.

Die notwendige Vorfrage für alle Erwägungen über eine Neuregelung ist die Bedürfnisfrage. Änderungen des bestehenden Rechtszustandes können nur vertreten werden, wenn zuvor ein rechtspolitisch berechtigtes Bedürfnis dafür nachgewiesen wird. Ein derartiges Bedürfnis kommt nun bei gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften nur vom öffentlichen Einfluß her in Betracht, da die Beteiligung der öffentlichen Körperschaften die Ausnahme von der Regel der rein privaten Aktiengesellschaft ist, und da die beteiligten Gemeinwesen öffentliche Interessen zu vertreten haben.

Wir haben also aufgrund der Untersuchungen des Hauptteiles zunächst die Frage zu beantworten, ob für die Schaffung neuer Einflußmöglichkeiten zugunsten der beteiligten öffentlichen Hand ein Bedürfnis besteht, oder umgekehrt, ob die nach der gegenwärtigen Rechtslage bestehenden Möglichkeiten zur Einflußnahme für die Geltendmachung öffentlicher Interessen ausreichen.

II. Fehlen eines rechtspolitischen Bedürfnisses.

Die Antwort auf diese Frage hängt von der Vorfrage ab, welche Einflußmöglichkeiten in einer gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft erforderlich sind, um öffentlichen Interessen ausreichend Geltung zu verschaffen. Es müssen also Maßstäbe für die Berechtigung und den Umfang der öffentlichen Einflußnahme gefunden werden.

1. Einfluß auf die Geschäftsführung des Vorstandes.

Ein Einfluß der öffentlichen Seite auf die Geschäftsführung ist einerseits notwendig, da durch sie das Schicksal des Unternehmens wesentlich bestimmt wird und da die wichtigsten öffentlichen Interessen in den vom Vorstand gestalteten Außenbeziehungen der Gesellschaft liegen. Andererseits darf dieser Einfluß nicht dazu führen, daß die gesamte Geschäftspolitik und die einzelnen Geschäftsführungshandlungen von dem beteiligten Gemeinwesen bestimmt werden. Das verbietet sich einmal aus der Selbständigkeit des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, insbesondere aus einem der wichtigsten Entstehungsgründe des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens heraus: die wirt-

schaftlichen Unternehmen der öffentlichen Hand von der Bevormundung durch die politischen Instanzen des beteiligten Gemeinwesens zu befreien und die Leitung kaufmännisch geschulten, wirtschaftlich erfahrenen und eigenverantwortlichen Kräften zu überlassen.¹⁾ Zum anderen sind der öffentlichen Einflußnahme auf die Leitung des Unternehmens auch durch die Beteiligung privater Aktionäre Schranken gesetzt: diese sähen ihre Erwerbsinteressen gefährdet und würden ihr Kapital zurückziehen, wenn die Geschäftsführung einseitig unter den Einfluß des oder der öffentlichen Beteiligten geriete.

Die öffentlichen Körperschaften werden ihren Einfluß auf die Geschäftsführung daher im wesentlichen darauf beschränken müssen, Verletzungen öffentlicher Interessen zu verhindern. Hierfür bestehen zahlreiche Möglichkeiten. So können bereits durch die Satzung Geschäfte bestimmter Art verboten werden. Auf die Bestellung der Vorstandsmitglieder kann über den Aufsichtsrat in dem Sinne eingewirkt werden, daß zuverlässige Personen berufen werden, von denen zu erwarten ist, daß sie öffentliche Interessen berücksichtigen werden. Die Abberufung von Vorstandsmitgliedern, die diese Erwartungen nicht erfüllen, kann ebenfalls über den Aufsichtsrat oder durch ein Mißtrauensvotum der Hauptversammlung herbeigeführt werden. Durch die Kontrolle, die der Aufsichtsrat ausübt, ist eine ständige Überwachung des Vorstandes auch in bezug auf die Berücksichtigung öffentlicher Interessen möglich, und die Aufsichtsratsmitglieder haben grundsätzlich auch die Möglichkeit, den Vor-

1) Vgl. oben S.12 f.

stand zu beraten und an der Festlegung der Geschäftspolitik mitzuwirken. Die durch die Satzung erweiterungsfähigen Genehmigungsrechte des Aufsichtsrates bezüglich bestimmter Arten von Geschäften und die Gestaltung der Organisation des Vorstandes eröffnen weitere Möglichkeiten zur Sicherung der öffentlichen Interessen bei der Geschäftsführung.

2. Einfluß auf den Aufsichtsrat.

Nach dem Gesagten können der Selbständigkeit des Vorstandes nach dem Gesetz zahlreiche Gegengewichte entgegengestellt werden. Das wirksamste hat der Gesetzgeber in der Institution des Aufsichtsrates geschaffen. Für dieses Organ gelten nun die Einschränkungen nicht, die dem öffentlichen Einfluß auf die Geschäftsführung des Vorstandes auferlegt werden müssen. Denn dem Aufsichtsrat kommen nach dem Gesetz nur Überwachungs- und Kontrollfunktionen zu; wenn es diese Funktionen mit sich bringen, daß der Aufsichtsrat nicht selten auch die Geschäftspolitik mitbestimmt, so entsteht dadurch doch nicht jene Gefahr des Hineinregierens öffentlicher Stellen in die Aktiengesellschaft; denn im Aufsichtsrat finden sich vielfältige Interessen zusammen, die eine Übermacht der öffentlichen Interessen wohl stets ausschließen (man denke nur an die Arbeitnehmer, die Banken¹⁾ und bei großen Aktiengesellschaften auch die sonstigen Geschäftsbeziehungen, deren "Spiegelbild" der Aufsichtsrat hier ist²⁾).

1) Vgl. zu diesen schon Rosenstock S.53: der Aufsichtsrat habe seine Sonderstellung (d.h. wohl: für einzelne Aktionäre) verloren und sei zu einem "Kreditverwaltungsbeirat", einem "Unternehmensrat" geworden.

2) Mestmäcker S.91.

Gerade der Aufsichtsrat ist nun dem öffentlichen Einfluß in besonderem Umfange zugänglich. Die personelle Zusammensetzung des Aufsichtsrates kann über § 88 AktG, mit Hilfe von Abstimmungsvereinbarungen und durch besondere Gestaltung der Abstimmungsart in der Satzung stark beeinflußt werden; auch das Ausscheiden der Vertreter der öffentlichen Interessen aus dem Aufsichtsrat bei Beendigung der öffentlichen Amtsstellung läßt sich durch eine entsprechende Satzungsvorschrift sicherstellen. Über die Besetzung der Aufsichtsratsposten und durch besondere Gestaltung der Organisation des Aufsichtsrates kann auch die Beschlußstätigkeit dieses Gesellschaftsorgans, wenngleich nur indirekt, im öffentlichen Sinne beeinflußt werden.

Insgesamt läßt sich bezüglich des Aufsichtsrates also eine Übereinstimmung der Einflußmöglichkeiten mit den Einflußbedürfnissen der beteiligten öffentlichen Körperschaften feststellen, so daß auch insoweit eine Neuregelung nicht erforderlich erscheint.

3. Einfluß in der Hauptversammlung.

Was schließlich die Hauptversammlung betrifft, so ist ihre Beherrschung nicht mehr in dem Maße für die Sicherstellung des öffentlichen Einflusses erforderlich, wie dies unter der Geltung des HGB der Fall war, da die Hauptversammlung nicht mehr oberste Instanz in allen Gesellschaftsangelegenheiten ist und Einfluß auf die Geschäftsführung allenfalls mittelbar durch die Wahl des Aufsichtsrates und die Entlastung der Verwaltungsorgane ausüben kann. Auch hinsichtlich des Rechtes, den Aufsichtsrat zu wählen, kommt der Hauptversamm-

lung nicht unbedingt entscheidende Bedeutung zu, da für die öffentlichen Körperschaften die Möglichkeit besteht, über § 88 AktG und eine entsprechende Satzungsbestimmung öffentliche Interessenvertreter direkt in den Aufsichtsrat zu entsenden. Die Bedeutung der Hauptversammlung für den öffentlichen Einfluß ergibt sich daher in erster Linie aus ihrer Zuständigkeit für die grundlegenden Fragen des Gesellschaftsaufbaues und der Satzungsgestaltung. Hinsichtlich dieser Entscheidungen ist eine Sicherung der öffentlichen Interessen erforderlich.

Sie ist vor allem durch Abstimmungsvereinbarungen mit anderen Aktionären zu erreichen. Außerdem kann die Geltendmachung öffentlicher Interessen durch differenzierte Mehrheitserfordernisse für einzelne Beschlüsse und durch besondere Gestaltung der Organisation erleichtert werden. Auch hier dürfte also den Einflußbedürfnissen der öffentlichen Körperschaften durch die gesetzliche Regelung in ausreichendem Maße genügt sein.

4. Ergebnis.

Nach alledem ist ein Bedürfnis nach einer gesetzlichen Spezialregelung der gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft nicht zu erkennen. Die zwingenden Grundsätze des Aktienrechts führen nicht zu einer Erstarrung dieser Gesellschaftsform; vielmehr sind durch Satzungs- und Vertragsgestaltung mannigfache individuelle Regelungen zugunsten einer Sicherung öffentlicher Interessen möglich. Andererseits kommen die bestehenden zwingenden Vorschriften des Aktiengesetzes dem

Sicherheitsbedürfnis der sich beteiligenden Gemeinwesen entgegen: die strengen Bestimmungen über Gründung, Aufgabenverteilung, Bilanzaufstellung, Gewinnverteilung und Publizität geben den öffentlichen Stellen eine größere Übersicht über die Vorgänge in der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft und damit auch mehr Schutz vor den geschäftlich erfahreneren Vertretern des Privatkapitals.¹⁾ Wo die öffentliche Seite gleichwohl einen größeren Spielraum für die Gestaltung der gesellschaftlichen Organisation für erforderlich hält, bietet sich als geeignete Gesellschaftsform die Gesellschaft mit beschränkter Haftung an.²⁾

Mit dem Argument eines fehlenden praktischen Bedürfnisses wurde schon der erste, von Freund³⁾ gemachte Vorschlag einer spezialgesetzlichen Regelung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens abgelehnt.⁴⁾ Allerdings war unter der Geltung des HGB eine flexiblere Gestaltung der Gesellschaftsverhältnisse als heute möglich. Zwei Gründe sprechen aber dafür, daß auch heute ein Bedürfnis für eine Spezialregelung tatsächlich fehlt: einmal die Tatsache, daß Änderungswünsche in neuerer Zeit weder von den öffentlichen Körperschaften noch von anderer Seite geäußert worden sind;⁵⁾ zum an-

1) Bussmann S.38; Marx-Most S.335.

2) Die GmbH ist daher nicht selten als die der Aktiengesellschaft vorzuziehende Rechtsform für gemischtwirtschaftliche Unternehmen angesehen worden, vgl. Bondi S.284 f.; Heymann S.142; Marx-Most S.335 f.; Prenzel, GruchBeitr.63, 55.

3) DJZ 1911 Sp.1113 ff.

4) Von Marx-Most S.338 f. und Passow GWU S.143 ff.; ablehnend ferner Bussmann S.81; Heiss S.313 ff.; König S.100,117; Prenzel Diss.S.85 f.

5) Der Vorschlag von Zeiss DöW 1955 Nr.6 S.3 ff., 18 ff. betrifft Unternehmen, deren Kapitalanteile

deren die Tatsache, daß in den von uns untersuchten Fällen Gesetzesumgehungen oder Gesetzesverletzungen nur in wenigen Ausnahmefällen festgestellt werden konnten, während die überwiegende Zahl der Satzungen und Verträge entweder überhaupt keine oder nur rechtlich zulässige Einflußrechte zugunsten der beteiligten Gemeinwesen enthielt.

III. Fehlen eines wirtschaftspolitischen Bedürfnisses.

Fehlt schon eine rechtspolitische Notwendigkeit für eine gesetzliche Spezialregelung gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften, so ist auch ein wirtschaftspolitisches Bedürfnis hierfür zumindest sehr fraglich.

Wirtschaftspolitisch könnte die Schaffung einer neuen Rechtsform nur den Sinn haben, die wirtschaftliche Betätigung des Staates und der Gemeinden zu fördern. Denn es würde sich im wesentlichen darum handeln, besondere Einflußrechte für die beteiligten öffentlichen Körperschaften zu normieren. Dadurch würde der öffentlichen Hand ein grundsätzlich über ihre kapitalmäßige Beteiligung hinausgehender Einfluß auf das einzelne Unternehmen und zugleich auf einen Teil der Gesamtwirtschaft eingeräumt. Dies würde sie nicht nur zum Festhalten an den bestehenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmen veranlassen, sondern ihr zumindest auch einen Anreiz zur Gründung neuer derartiger Unternehmen geben. Denn auf diese Weise könnte Privatkapital zur Durchsetzung wirtschaftlicher Interessen der öffent-

noch Seite 207

5) sich ausschließlich im Besitz der öffentlichen Hand befinden.

lichen Hand herangezogen werden (unter der Voraussetzung, daß es sich dann überhaupt noch zur Beteiligung bereit findet), ohne daß ihm ein entsprechendes Mitspracherecht im Unternehmen eingeräumt werden müßte.

Es ist allerdings auch die Ansicht vertreten worden, eine besondere Gesellschaftsform für gemischtwirtschaftliche Unternehmen werde die Entwicklung dieser Unternehmen geradezu ersticken, da ein starres Regelsystem der Mannigfaltigkeit der öffentlichen Einflußnahme nicht gerecht werde.¹⁾ Aber eine Spezialregelung könnte doch nur dann einen Sinn haben, wenn sie eine flexiblere Gestaltung der öffentlichen Einflußrechte als das Aktiengesetz ermögliche. Das zeigt ein Reformvorschlag aus der jüngeren Zeit von Zeiss, der allerdings nur Unternehmen betrifft, deren Kapitalanteile sich ausschließlich in öffentlichem Besitz befinden.²⁾ Zeiss schlägt nur wenige grundlegende Bestimmungen vor³⁾ und will damit offenbar eine Anpassung an die Verhältnisse des einzelnen Falles offenhalten.

Man wird also davon ausgehen können, daß eine Spezialregelung die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand eher fördern als hemmen würde. Die Tendenz der heutigen Wirtschaftspolitik, zumindest derjenigen der gegenwärtigen Bundesregierung, geht aber in die entgegengesetzte Richtung. Hierfür sind die in den letzten Jahren

1) Arbenz S.45; Leoni S.551.

2) Vgl. S.207 Anm.5. Für gemischtwirtschaftliche Unternehmen empfiehlt auch Zeiss S.8 die Beibehaltung der Rechtsform der Kapitalgesellschaft.

3) Insgesamt 24 gegenüber den 304 Paragraphen des Aktiengesetzes.

vorgenommenen Privatisierungen von Bundesunternehmen das sichtbarste Zeichen,

Der Bund will also seine wirtschaftliche Machtstellung nicht nur nicht weiter verstärken, sondern ist im Gegenteil bestrebt, sie teilweise abzubauen. Der diesen Bestrebungen zugrundeliegende und sie begleitende Kampf gegen die öffentliche Hand in der Wirtschaft, der häufig mehr ideologisch als sachlich geführt wird,¹⁾ kann hier außer Betracht bleiben. Denn es soll nicht die Berechtigung der gegenwärtigen Wirtschaftspolitik, sondern nur ihre Tendenz festgestellt werden.

Als weiteres Indiz für eine fehlende wirtschaftspolitische Notwendigkeit kann die Tatsache angesehen werden, daß die positive staatliche Einflußnahme auf öffentliche und gemischtwirtschaftliche Unternehmen zur Zeit recht gering ist.²⁾ Weder die wirtschaftlichen Verhältnisse in den einzelnen Unternehmen noch in der Gesamtwirtschaft erfordern grundsätzlich ein Eingreifen des Staates mittels verstärkter Einflußrechte der beteiligten Gemeinwesen. Eine Institutionalisierung des öffentlichen Einflusses in solchen Unternehmen ist demnach nicht erforderlich.

Diese Feststellungen sind allerdings für die Beteiligung von Gemeinden und Gemeindeverbänden an wirtschaftlichen Unternehmen nicht unbedingt gültig. Hier handelt es sich vielfach um sogenannte Versorgungsunternehmen,³⁾ deren wirt-

1) Vgl. Haussmann, Die öffentliche Hand in der Wirtschaft, S. 40. Eine Zusammenstellung der Argumente gibt Reichenau S. 22 ff.

2) So Kurzbericht S. 1 f.

3) Vgl. oben S. 21.

schaftliche Ziele oftmals nur mit Hilfe der öffentlichen Hand zu erreichen sind. In diesen Unternehmen mögen, dem größeren wirtschaftlichen und finanziellen Risiko entsprechend, auch verstärkte Einflußmöglichkeiten für die beteiligten Kommunen angebracht sein. Aber ein derart begrenztes wirtschaftspolitisches Bedürfnis rechtfertigt noch nicht die Schaffung einer allgemeinen neuen Rechtsform für gemischtwirtschaftliche Unternehmen. Dies um so weniger, als die rechtlichen Möglichkeiten auch für eine verstärkte öffentliche Einflußnahme ausreichen. Außerdem sprechen auch rechtsnormative Erwägungen gegen eine gesetzliche Spezialregelung.

§ 23 Rechtsnormative Gründe gegen eine Neuregelung.

I. Spezialgesetz für gemischtwirtschaftliche Unternehmen?

Durch eine sondergesetzliche Regelung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen würde die Einheitlichkeit der bestehenden gesellschaftlichen Rechtsformen in mehrfacher Hinsicht gesprengt werden. Dies muß allerdings nicht von vornherein als Nachteil angesehen werden; denn eine differenzierte Regelung kann dort erforderlich sein, wo differenzierte Sachverhalte vorliegen. Beim gemischtwirtschaftlichen Unternehmen kann man infolge der öffentlichen Beteiligung von einem besonderen Sachverhalt sprechen. Aber es ist eben die Frage, ob er auch rechtlich eine gesonderte Behandlung erfordert, d.h. ob er rechtsnormativ anders zu bewerten ist als der Regelfall der rein privaten Aktiengesellschaft.

Eine Sonderregelung könnte, wie bereits hervorgehoben, sinnvollerweise nur bei den von den öffentlichen Beteiligten zu vertretenden öffentlichen Interessen ansetzen und Vorkehrungen für ihre Beachtung und Durchsetzung bei der Führung des Unternehmens treffen. Ein solcher Ansatzpunkt müßte zur Voraussetzung haben, daß die zu schützenden öffentlichen Interessen grundsätzlich anders geartet sind als die sonstigen in einem wirtschaftlichen Unternehmen wirksamen Interessen, und zwar eben rechtlich anders geartet.

Wir haben oben im zweiten Kapitel die rechtliche Eigenart der öffentlichen Interessen, wie sie von dem öffentlichen Gemeinwesen geltend gemacht werden, im Unterschied zu den Gemeinwohlbindungen einer Aktiengesellschaft und ihrer Organe zu umreißen versucht. Dabei konnten wir einen rechtlichen Unterschied aus der Verschiedenheit der Aufgaben eines öffentlichen Gemeinwesens und eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens ableiten. Insofern wäre also die Voraussetzung für eine Spezialregelung gegeben.

Welches wären nun aber die rechtlichen Konsequenzen¹⁾ einer Regelung, welche innerhalb eines Gesellschaftsverbandes solche Interessen besonders schützt, die an sich nicht Aufgabe dieser (Unternehmer-)Gesellschaft sein können?

Durch die grundsätzliche Überordnung der öffentlichen Interessen über die Interessen der privaten Beteiligten würde das gekennzeichnete rechtliche Spannungsverhältnis, das bisher nur in der Person des Vertreters öffentlicher Inter-

1) Die Schaffung einer Unternehmensform für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist in erster Linie, d.h. soweit es um das "Ob" geht, eine politische Frage. Aber

essen wirksam werden kann, innerhalb der gesellschaftlichen Organisation sozusagen institutionalisiert. Denn die gesetzliche Regelung müßte, an die unterschiedlichen Interessen anknüpfend, die Aufgaben und Funktionen der einzelnen Gesellschaftsorgane in einem bestimmten Verhältnis auf die Vertreter der öffentlichen und der privaten Seite verteilen. Die Folge wäre, daß sich beide Gruppen, anstatt zusammenzuarbeiten, durch Betonung ihrer entgegengesetzten Standpunkte ihr Daseinsrecht laufend zu beweisen suchten.¹⁾ Die privaten Beteiligten würden sich von dem gemeinsamen Unternehmen zurückziehen, da ihre Interessen nicht genügend gesichert wären.

Eine derartige Regelung würde auch einem fundamentalen Prinzip des Gesellschaftsrechts widersprechen: dem Grundsatz der Gleichbehandlung.²⁾ Er verlangt zwar nicht, daß alle Beteiligten gleich behandelt werden, wohl aber, daß allen gleiche Chancen zugebilligt werden. Eben hieran würde es aber in unserem Falle fehlen, wenn den öffentlichen Interessen von vornherein der Vorrang vor den privaten eingeräumt würde.

Eine Gleichbehandlung wäre auch nur dann möglich, wenn eine andere elementare Voraussetzung jeden gesellschaftlichen Zusammenschlusses gegeben wäre: ein gemeinsamer Unternehmenszweck. Aber eben hieran würde es fehlen. Dem von den privaten Beteiligten vorausgesetzten wirt-

noch Seite 212

1) bei der Frage des "Wie" treten hier bei der gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft besondere Ordnungsprobleme auf, die rechtlicher Natur sind.

1) Reinhardt, Unternehmensformen S.B 30.

2) Vgl. dazu etwa Würdinger S.46, 166.

schaftlichen Unternehmenszweck würde der von der öffentlichen Seite verfolgte Zweck der Erfüllung öffentlicher Gemeinwohlaufgaben rechtlich¹⁾ gegenüberstehen. Beide ließen sich auch nicht durch ein "sowohl ... als auch" bei der Bestimmung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung verbinden. Damit würden wesensverschiedene Zwecke geradezu zusammengepreßt. Die Institutionalisierung des Gegensatzes würde zu den beschriebenen Folgen führen. Ein Ausgleich der Interessen innerhalb der Gesellschaft könnte nicht stattfinden, da ein Ausgleich nur im Rahmen eines gemeinsamen Zweckes möglich ist.

II. Einzelne Sonderregelungen innerhalb des Aktiengesetzes?

Die vorstehenden Gründe sprechen nicht nur gegen eine gesetzliche Spezialregelung für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, sondern grundsätzlich auch gegen einzelne Modifizierungen des Aktienrechts zugunsten öffentlicher Interessen und öffentlichen Einflusses. Der öffentlichen Seite sollten keine Einflußrechte gewährt werden, welche die Privatbeteiligten nicht auch erlangen können. Dies hat man offenbar bei der Regelung des § 88 AktG erkannt, indem man zwar von dem Einflußbedürfnis der öffentlichen Körperschaften ausging, das Entsendungsrecht aber nicht auf sie beschränkte. Wollte man also z.B. wieder sogenannte Vertreter der öffentlichen Interessen im Aufsichtsrat mit Vetorecht einführen, so müßte man auch den Privataktionären das Recht einräumen, Vertreter ihrer Interessen zu entsenden, denen dann ebenfalls ein

1) Nicht notwendig immer tatsächlich, vgl. oben S.53.

Vetorecht zustehen müßte. Für eine derartige Regelung besteht aber angesichts der Entscheidungsmöglichkeit nach § 88 AktG und der sonstigen Einflußmöglichkeiten kein Bedürfnis.

Für die Frage der Mehrstimmrechtsaktien, die vor allem für die an Versorgungsunternehmen beteiligten Kommunen im Vordergrund der Reformdiskussion steht,¹⁾ wird das Gesagte entsprechend gelten müssen. Es wird zwar betont, daß sich die Mehrstimmrechte bewährt und daß sie zu keinen Mißständen geführt hätten;²⁾ aber dies allein kann nicht entscheidend dafür sein, den Grundsatz der Gleichbehandlung zugunsten der öffentlichen Hand zu durchbrechen.³⁾

Als wesentliches Argument für die Zulässigkeit der Mehrstimmrechte ist vorgebracht worden, daß die Versorgungsaufgabe der Gemeinden und ihre besonderen Leistungen für die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften durch die Einräumung von Wegekonzessionen die Andersbehandlung rechtfertigten.⁴⁾ Eine solche Rechtfertigung geht davon aus, daß die Erbringung der sogenannten Versorgungsleistungen eine rechtliche Aufgabe der Gemeinden sei; davon wird man jedoch schon deshalb nicht ohne weiteres sprechen können, weil die Gemeinden diese Aufgabe jeweils in durchaus politischer Entscheidung übernommen haben; überhaupt ist diese Frage sehr zweifelhaft und keineswegs geklärt.⁵⁾

1) Vgl. z.B. FAZ v. 29.4.1960, S.21: "Kommunen wollen Mehrstimmrechte behalten."

2) So das Vorstandsmitglied des RWE, Dr. Greiner, in einem nicht veröffentlichten Referat vor einem Ausschuß des Bundestages.

3) Worauf die Regelung des § 12 Abs.2 S.2 AktG ja praktisch hinausläuft.

4) Vgl. Anm.2.

5) Vgl. oben S.33.

Gleiches gilt für das Argument der Sonderleistung durch Konzessionsverleihung. Der Grund, weshalb die Gemeinden sich nicht mit einer finanziellen Gegenleistung begnügen, ist ja jene angebliche Versorgungsaufgabe der Gemeinden, die zu einer Ausgestaltung der Wegekonzession als Betriebskonzession geführt hat.¹⁾

Daher und auch wegen der beschränkten Bedeutung der Mehrstimmrechte als Einflußmittel²⁾ wird man dem Vorschlag des Regierungsentwurfs beipflichten müssen, der in seinem § 12 Abs.2 die Mehrstimmrechte schlechthin für unzulässig erklärt. Der Abänderungsvorschlag des Bundesrates, die bisherigen Mehrstimmrechte bestehen zu lassen und nur die künftige Neubildung zu verbieten, befriedigt nicht, weil er allzusehr als politisches Kompromiß ohne klare rechtliche Konzeption erscheint. -

Nach alledem lassen sich Vorschläge für gesetzliche Neuregelungen, die auf eine Verstärkung des öffentlichen Einflusses abzielen, nicht vertreten.

1) Vgl. oben S.70 f

2) Vgl. oben S.195.

Lebenslauf

Ich wurde am 20. November 1935 als Sohn des Oberpostinspektors Paul Lang und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Rimmelspacher, in Lörrach/Baden geboren. Nach dem Besuch der Volksschule in München und in Staufen im Breisgau war ich Schüler des altsprachlichen Berthold-Gymnasiums in Freiburg im Breisgau. Dort legte ich im Frühjahr 1955 die Reifeprüfung ab. Danach studierte ich die Rechte, und zwar drei Semester in Freiburg im Breisgau, ein Semester in Paris und fünf Semester in Bonn. Im Oktober 1959 bestand ich in Köln die erste juristische Staatsprüfung. Von Dezember 1959 bis September 1961 wurde ich als Gerichtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe, seit Oktober 1961 im Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf ausgebildet. Im Dezember 1964 legte ich die zweite juristische Staatsprüfung ab. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 5. Februar 1965.

